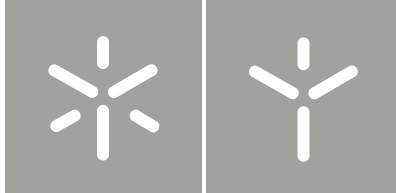


Universidade do Minho
Escola de Direito

Miriam Vieira da Rocha Frutuoso
O direito à informação e o dever de informar
em contextos de saúde

Miriam Vieira da Rocha Frutuoso

O direito à informação e o dever de informar
em contextos de saúde



Universidade do Minho
Escola de Direito

Miriam Vieira da Rocha Frutuoso

O direito à informação e o dever de informar em contextos de saúde

Tese de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efectuado sob a orientação da
Professora Doutora Clara Calheiros

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE APENAS
PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA
DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Reconhecer o bem que nos foi feito é, essencialmente, um ato de justiça. Por isso, não posso deixar de recordar e agradecer a todos os meus professores, presentes e passados, por despertarem em mim constantemente a paixão pelo conhecimento e a aspiração à sabedoria. De todos eles, dirijo uma palavra de especial gratidão à Prof. Doutora Clara Calheiros, que amavelmente aceitou orientar a minha investigação, pela disponibilidade, rigor e preocupação com que me acompanhou ao longo deste percurso.

Agradeço também à Escola de Direito da Universidade do Minho, casa onde ingressei nestes estudos e que me abriu a porta para uma vida profissional que, a cada dia, se torna mais estimulante. Por isso, também não posso deixar de agradecer à Prof. Doutora Joana Aguiar e Silva e ao Dr. Sérgio Mouta Faria, pelo acolhimento e pela partilha de ideias, que influenciaram definitivamente a minha forma de ver o Direito e o Mundo.

Por último – porque mais importante – agradeço à minha família, onde encontro o verdadeiro sentido de todo o trabalho.

O DIREITO À INFORMAÇÃO E O DEVER DE INFORMAR EM CONTEXTOS DE SAÚDE

A informação em saúde é um tema que tem sido examinado pela doutrina quase exclusivamente na sua relação com o consentimento informado. Com o presente estudo, sem descurar o importante papel que a informação aí desempenha, pretende-se dar um tratamento mais alargado à questão da informação de saúde.

Deste modo, o primeiro passo enquadra o direito à informação naquele que é o direito do qual deriva: o direito à saúde. De seguida, procede-se à análise do enquadramento normativo, conteúdo e alcance da informação devida não só ao doente, mas também a terceiros (nomeadamente, representantes legais e cuidadores informais) e aos profissionais de saúde que estão implicados no processo terapêutico.

Por fim, faz-se uma aproximação às questões jurídicas mais relevantes para a efetivação do direito à informação em saúde: o tratamento da informação de saúde (a recolha, o armazenamento, circulação e acesso à informação) e a responsabilidade pela violação dos deveres de informação dos vários intervenientes no plano terapêutico.

Conclui-se que o direito à informação em saúde está presente em várias ciências jurídicas materiais e que só a integração de cada uma dessas perspetivas poderá fornecer uma visão adequada do direito à informação em saúde. Tornou-se patente que ainda há muito espaço para investigação no que respeita à transmissão da informação a terceiros e quanto à utilização das novas tecnologias de informação e comunicação no tratamento de dados de saúde.

THE RIGHT TO INFORMATION AND THE DUTY TO INFORM IN HEALTH CONTEXTS

Health information is a subject that has been studied by the law theory, especially in its relation with informed consent. The present study, without neglecting this important role of information, stresses the importance of health information in other contexts.

Thus, the first step is to give a wider picture of the right to information starting point: the right to health. Then the legal basis of that right is analyzed as well as the content and the scope of the information due not only to the patient, but also to third parties (including legal representatives and informal caregivers) and health professionals who are involved in the therapeutic process.

Finally, an approach is made to the legal issues that are most relevant to the concretization of the right to health information: the processing of health data (such as collection, storage, consultation and disclosure) and the liability for the violation of information duties, concerning the various participants in the therapeutic process.

It is concluded that the right to health information is present in several field of law science and that it is necessary an integration of each of these perspectives to achieve a proper intuition of the right to health information. It became clear that there is still room for research regarding information transmission to third parties and the use of recent information and communication technologies in the processing of health data.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS	x
------------------------	---

INTRODUÇÃO	13
-------------------	----

CAPÍTULO I – DO DIREITO À SAÚDE

0. Nota prévia	19
1. A saúde: do privilégio ao direito	23
2. O direito à saúde: perspectiva de direito internacional e de direito estrangeiro	41

CAPÍTULO II – DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM SAÚDE

0. Nota prévia	69
1. O paciente e a informação de saúde	71
1.1. Do modelo paternalista ao modelo da autonomia: os critérios éticos da transmissão da informação ao paciente	72
1.2. Da positivação do direito à informação	79
1.2.1. Enquadramento normativo do direito à informação	79
1.2.1.1. Direito internacional	79
1.2.1.2. Direito interno	81
1.2.1.2.1. O direito à informação e o ilícito penal de violação do dever de esclarecimento	83
1.2.1.2.2. O direito à informação: natureza contratual?	89

1.2.1.2.3. O dever de informar como obrigação deontológica _____	91
1.2.1.2.4. A Lei de Informação de Saúde _____	93
1.2.2. Conteúdo do direito à informação _____	94
1.2.2.1. Obrigação de informar sobre a finalidade do ato _____	97
1.2.2.2. Obrigação de informar sobre os riscos do ato _____	98
1.2.2.3. Obrigação de informar sobre o diagnóstico _____	101
1.2.2.4. Obrigação de informar sobre o prognóstico _____	102
1.2.2.5. Obrigação de informar sobre a terapêutica proposta e as suas alternativas _____	103
1.2.2.6. Do modo de transmissão da informação _____	105
1.2.3. Situações de limitação à transmissão da informação _____	108
1.3. Do direito à informação para além do consentimento _____	113
2. Terceiros e a informação de saúde _____	116
2.1. Terceiros relevantes: sobre um conceito de família adaptado aos contextos de saúde _____	117
2.2. Os representantes legais _____	120
2.3. Os cuidadores informais _____	129
3. A transmissão da informação entre os membros da equipa de saúde _____	134
3.1. Do dever de colaboração do utente dos cuidados de saúde _____	138
3.2. Do dever de partilha de informação entre profissionais de saúde _____	141
4. Excurso: o segredo profissional e os seus limites _____	145
4.1. O consentimento _____	147
4.2. O contributo para a descoberta da verdade _____	148
4.3. O direito de necessidade _____	150
4.4. A denúncia de factos sujeitos a segredo suscetíveis de consubstanciar a prática de crime _____	152
4.5. A proteção de interesses do profissional de saúde _____	153

CAPÍTULO III – DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM SAÚDE	
0. Nota prévia _____	157
1. O tratamento da informação de saúde _____	159
1.1. A recolha e o armazenamento da informação de saúde _	160
1.2. O acesso à informação de saúde _____	165
1.2.1. O acesso pelos profissionais de saúde _____	165
1.2.2. O acesso pelos utentes dos serviços de saúde _____	167
1.2.3. O acesso por terceiros _____	169
2. A responsabilidade pela violação dos deveres de informação _____	171
2.1. A responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de informar o doente _____	171
2.1.1. Responsabilidade penal _____	172
2.1.2. Responsabilidade civil _____	175
2.1.3. Responsabilidade disciplinar _____	188
2.2. A responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de informar terceiros _____	189
2.3. A responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de partilhar a informação relevante para a equipa de saúde _____	190
CONCLUSÕES _____	195
BIBLIOGRAFIA _____	201

LISTA DE SIGLAS

CADPH	<i>Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos</i>
CC	<i>Código Civil</i>
CDFUE	<i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i>
CDHB	<i>Convenção dos Direitos do Homem e Biomedicina</i>
CDOM	<i>Código Deontológico da Ordem dos Médicos</i>
CDOMD	<i>Código Deontológico da Ordem dos Médicos Dentistas</i>
CDOP	<i>Código Deontológico da Ordem dos Psicólogos</i>
CE	<i>Conselho da Europa</i>
CEDH	<i>Convenção Europeia dos Direitos Humanos</i>
CNECV	<i>Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida</i>
CP	<i>Código Penal</i>
CPC	<i>Código de Processo Civil</i>
CPP	<i>Código de Processo Penal</i>
CRP	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
CSE	<i>Carta Social Europeia</i>
DUDH	<i>Declaração Universal dos Direitos Humanos</i>
EOE	<i>Estatuto da Ordem dos Enfermeiros</i>
EOF	<i>Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos</i>
LADA	<i>Lei de Acesso aos Documentos Administrativos</i>
LIS	<i>Lei de Informação de Saúde</i>
LPD	<i>Lei da Proteção de Dados Pessoais</i>
OIT	<i>Organização Internacional do Trabalho</i>
OMS	<i>Organização Mundial de Saúde</i>
ONG	<i>Organização Não Governamental</i>

ONU	<i>Organização das Nações Unidas</i>
OUA	<i>Organização da Unidade Africana</i>
PIDCP	<i>Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos</i>
PIDESC	<i>Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais</i>
REPE	<i>Regulamento do Exercício Profissional dos Enfermeiros</i>
STA	<i>Supremo Tribunal Administrativo</i>
STJ	<i>Supremo Tribunal de Justiça</i>
TCA	<i>Tribunal Central Administrativo</i>
TCE	<i>Tratado da Comunidade Europeia</i>
TEDH	<i>Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
TFUE	<i>Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia</i>
TJUE	<i>Tribunal de Justiça da União Europeia</i>
TRE	<i>Tribunal da Relação de Évora</i>
TRG	<i>Tribunal da Relação de Guimarães</i>
TRL	<i>Tribunal da Relação de Lisboa</i>
TRP	<i>Tribunal da Relação do Porto</i>
UA	<i>União Africana</i>
UE	<i>União Europeia</i>

INTRODUÇÃO

A questão da informação em saúde, escolhida como tema da presente dissertação, assume uma crescente relevância na sociedade hodierna, com reflexos no mundo do Direito. Com efeito, nunca como hoje o acesso à informação biomédica e aos meios que existem para debelar as doenças foi tão grande, mercê das novas formas de comunicação global, com claro destaque da internet. Este facto, aliado à crescente dessacralização das profissões de saúde, contribui para a existência de cidadãos mais atentos e mais exigentes, reclamando-se do mundo jurídico a resposta à proteção dos interesses que motivam um direito à informação em saúde.

Ao nível legislativo, não existe um tratamento sistematizado da informação em saúde, o que não é de todo incompreensível, uma vez que são várias as situações em que o direito à informação surge como uma das dimensões de uma relação jurídica complexa. Ainda assim, é de destacar o esforço do legislador na regulação da informação de saúde, através da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro. A jurisprudência tem-se debruçado sobre as questões da informação em saúde, sobretudo, nos casos de responsabilidade por erros médicos, onde assume frequentemente uma natureza acessória. Com efeito, os juízes veem a sua ação limitada pelo caso *sub iudice* e, ainda hoje, são quase inexistentes os casos que contendem, essencialmente, com um direito à informação em saúde. Cabe, pois, à doutrina o esforço de dar a esta temática a autonomia devida, tarefa que necessitará de maior investigação e reflexão.

De facto, ainda é muito frequente perspetivar a transmissão da informação em saúde como um aspeto particular do consentimento informado par a prática de atos médicos, o que se traduz numa abordagem redutora à informação de saúde. Em primeiro lugar, porque não se exploram todos os aspetos jurídicos decorrentes da existência de outras profissões que também praticam cuidados de saúde e que o fazem com uma autonomia e, portanto, com responsabilidade própria. E depois, porque existem muitas outras funções da informação em contextos de saúde, como a garantia do acesso ao direito à saúde, e o tratamento dos dados de saúde.

Face ao exposto, torna-se patente a relevância do presente estudo, através do qual se pretende compreender qual é o enquadramento normativo, o conteúdo e o alcance do direito à informação em diversos contextos de saúde.

A principal metodologia utilizada foi uma ampla revisão bibliográfica de todas as temáticas principais. Além disso, foram analisados cinquenta e três acórdãos, ou seja, todos os acórdãos disponíveis nas bases jurídico-documentais de acesso eletrónico do Ministério da Justiça cujo caso *sub iudice* versasse sobre o dever de informar em contextos de saúde, a responsabilidade penal, civil ou disciplinar dos profissionais de saúde (incluindo as questões do erro médico e do ónus da prova) ou a competência material do tribunal (com a questão subjacente da classificação dos atos dos profissionais de saúde que atuam no âmbito do Serviço Nacional de Saúde como atos de gestão pública ou privada). Além da jurisprudência nacional, também aludimos a alguns casos de jurisprudência internacional e estrangeira. No entanto, não nos foi possível, devido à extensão, temporal e temática, que tal análise iria requerer.

Também considerámos ser importante compreender de que forma os profissionais de saúde olham para os direitos e deveres de informação na sua profissão. Nesse sentido, contactamos as profissões reguladas através de ordem profissional.

A Ordem dos Enfermeiros disponibiliza os pareceres do respetivo Conselho Jurisdicional no seu *site* oficial, pelo que são de fácil acesso. Os acórdãos não nos foram facultados.

A Ordem dos Médicos não enviou pareceres ou acórdãos emitidos na sua atuação, mas sim o parecer nº 43 do CNECV, sobre o Projeto de Lei nº 28/IX, sobre a informação genética e pessoal e informação de saúde.

A Ordem dos Farmacêuticos informou-nos não ter qualquer parecer ou acórdão que versasse sobre direitos ou deveres de informação.

Não obtivemos qualquer resposta da Ordem dos Médicos Dentistas ou da Ordem dos Psicólogos.

Assim, num primeiro momento, considerando que o direito à informação se integra no direito à saúde, procedemos a uma análise da evolução do conceito de saúde e da assistência na saúde na cultura ocidental, com o objetivo de compreender de que forma surgiu o direito à saúde e qual a sua atual expressão jurídica, com especial ênfase no ordenamento jurídico nacional.

De seguida, tentamos compreender qual é o enquadramento normativo, o conteúdo e os limites do direito à informação. A primeira questão que nos ocupou foi a do direito do utente dos serviços de saúde à informação necessária para uma tomada de decisão, ou seja, a informação na sua relação com o consentimento informado. Também aludimos brevemente à questão do direito à informação como direito autónomo, i.e., sem ser perspetivado como mero requisito do consentimento informado. Depois, consideramos a questão da informação devida a indivíduos que, sendo terceiros em relação ao utente e aos profissionais de saúde, todavia estão implicados no processo terapêutico, seja por representarem um paciente incapaz, seja pela sua especial tarefa de cuidadores informais. Por fim, tratamos de equacionar a existência de direitos e deveres de informação entre os profissionais de saúde que prestam assistência a um determinado utente.

O último capítulo pretende responder a várias questões relativas, por um lado, à efetividade do direito à informação em saúde (como a forma de recolha, armazenamento, circulação e condições de acesso à informação

de saúde por parte dos vários intervenientes no processo terapêutico) e, por outro lado, à questão da responsabilidade por violação dos deveres analisados no segundo capítulo.

À medida que avançamos na nossa investigação, apercebemo-nos de que não seria possível acolher aqui todas as circunstâncias onde o direito à informação se impusesse, tornando-se imperativa a escolha de um critério capaz de identificar os contextos de saúde a que referimos o direito à informação.

A escolha recaiu sobre o âmbito de um contexto terapêutico, ou seja, um contexto de saúde em que a intencionalidade terapêutica surge como característica essencial da própria relação jurídica. Este critério permite-nos, desde logo, excluir as intervenções realizadas por profissionais de saúde que não tenham por objetivo prevenir, curar ou aliviar uma determinada patologia, como é o caso das cirurgias estéticas sem finalidade reconstrutiva, da esterilização sem indicação terapêutica e da experimentação pura.

Por outro lado, também nos cingimos ao direito à informação relativamente às pessoas diretamente implicadas no plano terapêutico, ou seja, ao utente dos serviços de saúde, aos seus representantes e cuidadores e aos profissionais de saúde. Afastam-se, assim, os direitos e deveres de informação das instituições de saúde, das empresas seguradoras de saúde, da sociedade e do Estado.

Por fim, numerosos temas são tratados de modo superficial, devido à natureza instrumental que assumem face ao nosso objeto de estudo, embora admitamos que seria de todo o interesse uma análise mais aprofundada de muitos aspetos, de entre os quais destacamos uma maior atenção aos argumentos que presidem à escolha do critério que orienta o conteúdo do dever de informar o doente (critério subjetivo, critério do médico razoável ou critério do paciente razoável), a questão dos tratamentos compulsivos, a existência de um direito de propriedade intelectual dos registos de saúde e a influência das políticas de saúde europeias na configuração dos sistemas de informação de saúde, nomeadamente no que se refere interoperabilidade.

CAPÍTULO I

DO DIREITO À SAÚDE

0. Nota prévia

A saúde foi, durante largas centenas de anos, associada a uma vida de sucesso e de bênçãos. Raramente controlável pelos saberes de outrora, a obtenção de saúde era muitas vezes percebida como um golpe de sorte ou de favor divino. E a conceção da doença era simétrica à de saúde.

Pretende-se, com este primeiro capítulo, dar conta da evolução que se foi fazendo em matéria de assistência em saúde, na Europa e em Portugal. Embora os atos concretos de auxílio sejam relevantes, tentamos colocar em evidência o valor dado a tal assistência e o caráter com que era prestada. Como veremos, a passagem da conceção da saúde como um privilégio para a saúde enquanto direito conclui-se no século passado.

Num paradigma globalizado, também não poderíamos deixar de dar atenção ao modo como o direito à saúde, enquanto direito social, vem sendo positivado nos diferentes ordenamentos jurídicos. Esta análise poder-nos-á ajudar a compreender as especificidades de um direito cujo conteúdo só poderá ser determinado face às necessidades concretas de cada sociedade.

1. A saúde: do privilégio ao direito

A saúde insere-se no núcleo de preocupações centrais que constantemente povoam a existência humana. Não será preciso um grande esforço para demonstrar esta afirmação, que se torna evidente ante a lembrança de alguns lugares-comuns de que invariavelmente nos servimos em várias situações da vida, como quando a propósito da notícia do futuro nascimento de uma criança se diz que o que se deseja é que «nasça com saúde»; ou quando brindamos com a exclamação «Saúde!».

Todavia, não é fácil definir a saúde.¹ Tal dificuldade não é indiferente ao facto de o conceito de saúde ser tão antigo como a humanidade, acompanhando-a nas suas mutações.² Acresce, por outro lado, que esta tarefa não se torna mais fácil quando se opera uma transição do conceito de saúde para o conceito de direito à saúde. É que se aquela é uma preocupação imemorial, este é uma conquista bastante recente.

A preocupação com a saúde nas sociedades antigas pode medir-se pelo seu contraponto, ou seja, pela forma como essas sociedades perspectivavam a doença e o mal. Tal como sucedia com muitos outros fenómenos naturais, as causas da doença tinham-se então por sobrenaturais, ou seja, a doença era fruto de um castigo dos deuses por

¹ Vários são os autores que apontam esta dificuldade. Veja-se, entre outros, PEREIRA, O. Gouveia - *Saúde* in "Pólis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado", Vol. V, Lisboa/S. Paulo, Verbo Editora, p. 610. Com efeito, afirma o autor que «por estranho que pareça, vários séculos de investigação médica não proporcionaram um conceito claro e preciso de saúde».

² Cf. GAVIN, Juan Pemán – *Derecho a la salud y administracion sanitaria*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p. 28. Adverte-se o leitor que não acaletamos a pretensão de analisar todas as concepções de saúde existentes. Tal trabalho ultrapassaria largamente o objeto desta dissertação. Bastar-nos-emos com algumas alusões que cremos ser as mais marcantes no paradigma ocidental e nacional.

um mal cometido pelo próprio enfermo ou por algum dos seus parentes.³ Assim, o tratamento da doença, com vista ao restabelecimento da saúde, incumbia ao chefe espiritual da comunidade, fosse ele feiticeiro, curandeiro ou sacerdote,⁴ através da prática de rituais religiosos que visavam aplacar os deuses.⁵

É curioso notar que já nestes tempos antigos o Direito intervinha na organização destas práticas, dando-nos disso testemunho o Código de Hammurabi e o Código de Manu. Os preceitos aí recordados patenteiam a regulação de algumas relações entre doente e curandeiro, nomeadamente no que se refere ao preço a pagar pela cura e, inversamente, ao devido por uma eventual lesão imputável à intervenção do curandeiro.⁶ Não se trata, contudo, do reconhecimento ou do exercício de um direito à saúde, mas da normalização de uma relação que já nessa época era havida por socialmente relevante. O direito à saúde continuaria adormecido por mais alguns séculos.

Foi com Hipócrates, no século V a. C., que as concepções a este nível começaram a mudar, através da afirmação das causas naturais da doença,⁷ com a concomitante rejeição de qualquer causa metafísica da

³ Cf. SCLAR, Moacyr – *História do Conceito de Saúde*, in “PHYSIS: Rev. de Saúde Coletiva”, Rio de Janeiro, IMS.Relume Dumará, Vol. 17, n° 1, 2007, p. 31-33. Assim também no Evangelho segundo S. João: «Ao passar, Jesus viu um homem cego de nascença. Os seus discípulos perguntaram-lhe, então: “Rabi, quem foi pecou para este homem ter nascido cego? Ele, ou os seus pais?”» (Jo 9, 1-2).

⁴ Repare-se que, por exemplo, no Egito antigo, existia a crença de que a classe dos médicos estava sob a proteção direta de certos deuses (cf. CURREA-LUGO, Víctor de – *La salud como derecho humano: 15 requisitos y una mirada a las reformas*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005, p. 63).

⁵ Cf. PEREIRA, O. Gouveia, *op. cit.*, p. 611-612. Este autor chega a dar-nos conta do mais antigo ritual conhecido – uma trepanação craniana –, que remonta ao período Neolítico. É também interessante o apontamento de ANDRADE, José António García – *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, Madrid, Edersa, 1998, p. 47-48, sobre o papel da mulher como a primeira cuidadora e farmacologista da humanidade, só posteriormente excluída desse poder, num primeiro momento pelos sacerdotes e, posteriormente, pelo físico ou cirurgião-barbeiro e, na época moderna, pelo médico.

⁶ Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi – *Uma nova disciplina: o direito sanitário*, in “Rev. de Saúde Púb.” [em linha], [consult. 2011-05-19]. Disponível na www: <URL: <http://www.scielo.org/>>, p. 329; RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Sinopse Esquemática da Responsabilidade Médica em Geral (Breves Anotações)*, in «Lex Medicinæ», Coimbra, Ano 4, n° 8, 2007, p. 87.

⁷ A mudança de mentalidades não se deu, obviamente, de forma automática com os escritos de Hipócrates, mas é usual tomá-lo como um marco da história da saúde precisamente pelo enfoque que deu às causas naturais das doenças e do seu desenvolvimento, como se pode constatar pela leitura das suas obras, nomeadamente HIPPOCRATES, *Works of Hippocrates*, Mobile Reference [Kindle Edition], localização 5166: «It is

ausência de saúde. O que não significa que os antigos gregos tivessem um conhecimento acertado acerca de tais causas.

Com efeito, Hipócrates acreditava que a doença – qualquer que fosse – se deveria a um desequilíbrio de algum dos quatro humores presentes no corpo: o sangue, a bÍlis negra, a bÍlis amarela e a fleuma.⁸ Estes quatro humores seriam influenciados, sobretudo, pelo meio ambiente em que o indivíduo se encontrava e por algumas das suas características pessoais, como a etnia ou a idade.⁹ Deste modo, para reequilibrar os humores e restabelecer a saúde, os conselhos do médico iriam no sentido de uma mudança de localização geográfica, da alimentação e de estilos de vida, mas não da adoção de medicação. Na verdade, Hipócrates acreditava que o próprio corpo teria o poder de se reequilibrar, cabendo ao paciente apenas facilitar esse processo natural.¹⁰

Ora, se as causas da doença já não são sobrenaturais e a cura não é fruto de poderes mágicos de um curandeiro ou de intervenções divinas, então estão criadas as condições para o surgimento de um novo ofício, que tem por objeto o estudo dos sinais e das causas das doenças: é o nascimento do médico, que desde cedo assumiu um papel de grande relevo social, proporcional à importância atribuída à saúde. Consequentemente, embora as tarefas e os conhecimentos concretos do médico na época antiga pouco ou nada tenham a ver com a ciência dos médicos contemporâneos, a verdade é que já nessa época se começaram a formar as bases da relação médico-paciente.¹¹

Todavia, tal relação não tinha ainda reflexo no plano jurídico. Com efeito, as principais normas que, na Antiguidade, regulavam aspetos atinentes com a saúde referiam-se a questões da chamada saúde

thus with regard to the disease called Sacred: it appears to me to be nowise more divine nor more sacred than other diseases, but has a natural cause from the originates like other affections».

⁸ *Idem, Ibidem*, localização 5613.

⁹ *Idem, ibidem*, localização 18.

¹⁰ *Idem, ibidem*, localização 5620.

¹¹ Note-se que, também estas, se viram grandemente alteradas em função da mudança de um paradigma paternalista para um paradigma de valorização da autonomia do paciente. *Vd. infra*, capítulo II, ponto 1.1.

pública, ou seja, eram preceitos que visavam minorar o risco de epidemias,¹² mas sem qualquer conteúdo de cariz personalista.¹³

A queda do Império Romano do Ocidente veio anunciar a morte da civilização romana. As comunidades existentes viram-se invadidas e pilhadas e houve um enorme retrocesso económico e civilizacional, originado pelas constantes invasões que obrigavam as populações a isolarem-se no meio rural.

Destarte, não é de admirar que, na alta Idade Média, a preocupação política central fosse a defesa armada dos territórios habitados contra subsequentes invasores, sendo muito escassa a atenção prestada às carências daquele que era o grupo social desfavorecido da organização social de então – o povo. Na verdade, este tinha de se satisfazer com as frágeis redes de solidariedade local, de caráter interpessoal e familiar.¹⁴ Para além disso, como explica Maria José Ferro Tavares,¹⁵ a única instituição que se dedicava ao cuidado dos grupos mais vulneráveis era a Igreja, que sobrevivera ao Império Romano e que se constituía baluarte dos mais vulneráveis.

Com efeito, na Europa da Alta Idade Média, foi à volta dos mosteiros que muitas cidades se constituíram e era neles que se encontravam os principais espaços de assistência, nomeadamente enfermarias e hospitais. À época, estes estabelecimentos não tinham a mesma função que hodiernamente o seu signo evoca, ou seja, não se destinavam ao

¹² NETO, Luísa – *Direito à Saúde, Bioética e Biomedicina*, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas [em linha], [consult. 2011-05-20]. Disponível na www: <URL: <http://www.icjp.pt/content/direito-sa-de-bio-tica-e-biomedicina>>, p. 1: «no Império Romano deparamo-nos já com a institucionalização de tarefas sanitárias (banhos públicos, inspeções a estabelecimentos de venda, etc)».

¹³ De facto, a obtenção de cuidados de saúde era, à época, totalmente dependente dos recursos particulares de que cada um dispunha, não existindo um direito a tratamentos de saúde que se pudesse exigir de alguém. Leia-se CURREA-LUGO, Víctor de, *op. cit.*, p. 66: «en la antigua Atenas, por ejemplo, había tres niveles de asistencia médica, a) el de los esclavos, que estaba a cargo de los auxiliares de los médicos, b) el de los ciudadanos libre y pobres, quienes recibían tratamientos enérgicos, y c) el de los ciudadanos libres y ricos, quienes tenían un médico a constante servicio».

¹⁴ *Vd.* SÁ, Isabel dos Guimarães – *A Misericórdia de Gouveia no Período Moderno*, in Repositório da Universidade do Minho [em linha], [consult. 2010-12-17]. Disponível na www: <URL: <http://hdl.handle.net/1822/4819>>., p. 2.

¹⁵ *Vd.* TAVARES, Maria José Ferro – *Assistência I. Época Medieval*, in AZEVEDO, Carlos Moreira, dir. – “Dicionário de História Religiosa de Portugal”, Lisboa, Circulo de Leitores, 2000, pt. A-C.

cuidado dos enfermos, sendo antes locais de passagem, onde os migrantes e os peregrinos podiam ter uma noite descansada. Excetuava-se o caso de se quedarem doentes, podendo então permanecer por mais alguns dias e usufruir dos cuidados prestados. É de realçar também que – e, aliás, de acordo com a mentalidade da época – os hospitais surgiram anexos às capelas existentes, cujo escopo principal era a salvação das almas, sendo a caridade uma questão anódina.¹⁶

No que concerne ao cuidado específico dos doentes, temos notícia da existência de gafarias e leprosarias, ambas destinadas ao cuidado dos leprosos,¹⁷ e da criação de hospitais próprios para pestilentos. Além destas obras, também foram sendo criados vários hospitais e albergarias situados ao longo dos caminhos das grandes peregrinações. Nos hospitais, tanto eram albergadas pessoas que estavam simplesmente cansadas e desgastadas pelas fomes que nos séculos XIII e XIV devastavam a Europa, como se hospedavam enfermos, não havendo qualquer distinção entre ambos.¹⁸

É pertinente notar também que estes estabelecimentos eram normalmente erigidos e por associações de cariz religioso – sobretudo

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 45. Com efeito, a autora afirma que «[as capelas] contemplavam em primeiro lugar as missas por alma do doador, eventualmente a sua família, e beneficiavam os pobres como elemento secundário, embora a caridade em relação a estes também constituísse parte integrante da negociação do instituidor relativa ao seu destino após a morte».

¹⁷ Atente-se, no entanto, para o facto de que, embora a lepra fosse uma doença contagiosa com as naturais implicações ao nível do isolamento social, também aqui se faziam notar as desigualdades entre as várias classes sociais existentes à época. Leia-se *idem, ibidem*, p. 140: «De facto, o isolamento destes enfermos [leprosos] variava consoante a condição social. Para uns, os mais pobres, a doença impunha-lhes a exclusão total da sociedade, obrigando-os a esconderem-se nas florestas e a errarem pelos caminhos, esperando na caridade a sobrevivência; para os detentores de bens, pertencessem ao mundo rural ou urbano, o destino era a gafaria, onde, na comunidade de leprosos e de sãos, se amparavam uns aos outros; para os mais ricos e poderosos, fossem nobres, altas hierarquias da Igreja ou o próprio rei, o isolamento era artificial, permanecendo o enfermo no paço, em contacto com os familiares e servidores. A partir do século XV, a doença deve ter decrescido, uma vez que deixou de ser preocupação dos soberanos, dos municípios e dos particulares».

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 44. Note-se que era frequentemente difícil distinguir os vários tipos de pobres, como os mendigos e os peregrinos, havendo, no entanto, a preocupação em distinguir aqueles que verdadeiramente precisavam de assistência daqueles que poderiam trabalhar e sustentar-se. Sobre os vários tipos de beneficiários da assistência no período tardo-medieval em Portugal, veja-se SÁ, Isabel dos Guimarães - *Igreja e Assistência em Portugal no Século XV*, in "Boletim do Instituto Histórico da Ilha Terceira" - separata, LIII, 1995, p. 220-224.

confrarias –, que visavam a prática das virtudes cristãs, entre as quais se contava a da caridade, consubstanciada na assistência aos mais pobres e desfavorecidos.¹⁹ A sustentabilidade destes institutos encontrava-se, no essencial, em doações, tanto entre vivos como *mortis causa*. Em suma, a Idade Média foi uma época de muita carência em que facilmente se associava a pobreza à doença, pois na maioria das vezes era aquela a causa desta.²⁰

Portugal não foi uma exceção neste movimento. Também por cá eram várias as confrarias e irmandades que criaram, através dos seus próprios recursos, numerosos hospitais, mercearias, gafarias e outras obras do género.²¹ Os cuidados que aí se prestavam eram muito rudimentares, pois não existia qualquer base científica para a sua prática e o poder público abstinha-se da sua supervisão ou regulação.²²

A situação alterou-se com a chegada da peste negra em 1347, que veio transformar uma sociedade que se encontrava em grande défice populacional. Foi então que, por toda a Europa, se assistiu ao desenvolvimento de políticas de saúde pública para prevenir a peste e lidar com os doentes contagiados.²³ Neste novo contexto, cedo se constatou que os hospitais eram instituições anacrónicas,²⁴ carentes de uma reforma capaz de os transportar para os novos tempos.²⁵ Impunha-

¹⁹ Entre os cuidados aos enfermos, destaca-se ainda um caso particular, que é o dos presos. Normalmente, o cativeiro limitava-se ao período anterior ao do julgamento, uma vez que a pena comumente aplicada era o degredo. Sucedia, porém, que durante o tempo de encarceramento, os cativos tinham de prover ao seu próprio sustento e à assistência na própria doença, o que remetia muitos indivíduos pobres a situação de extrema indigência, que era colmatada apenas pela caridade. Cf. *Idem, ibidem*, p. 223.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 38.

²¹ *Vd. MARQUES, A. H. de Oliveira – Breve História de Portugal*, 5ª ed., Lisboa, Editorial Presença, 2003, p. 106. No mesmo sentido, veja-se o que escreve SCLIAR, Moacyr, *op. cit.*, p. 33.

²² Cf. ROSEIRA, Maria de Belém - *Artigo 3º - Igualdade de acesso aos cuidados de saúde*, in “Direitos do Homem e Biomedicina”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, p. 47.

²³ ABREU, Laurinda F. S. – *A assistência e a saúde como espaços de inovação: alguns exemplos portugueses*, in “Saúde e Inovação – Do Renascimento aos dias de hoje”, ed. Constantino Sakellarides e Manuel Valente Alves, Lisboa, Gradiva, p. 38. Com efeito, a autora afirma a existência de «regulamentação das medidas de combate e prevenção da peste, [a] criação dos Conselhos de Saúde, [a] organização das quarentenas e [a] construção dos lazaretos».

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 38.

²⁵ *Vd. TAVARES, Maria José Ferro, op. cit.*, p. 138: «A criação dos grandes hospitais foi uma consequência da decadência dos pequenos e muitos hospitais medieval, que proliferavam nos agregados urbanos, sem

se, portanto, uma reestruturação da assistência, que, tendo o seu início em Itália,²⁶ cedo se estendeu a outros países, entre os quais Portugal.^{27 28}

Desta forma, em 1479, foi elaborado o primeiro esboço de um hospital geral para Lisboa, a pedido do rei D. João II, que por fim o mandou erigir. Porém, o monarca não sobreviveu para o ver concluído, vindo a falecer em 1495. O então denominado “Hospital de Todos os Santos” veio, pois, a ser inaugurado, em 1501, pelo rei D. Manuel I.²⁹

Na verdade, este hospital é tido como uma referência da reforma hospitalar em Portugal, por várias razões. Em primeiro lugar, tratou-se de um hospital real, ou seja, criado por vontade do Rei e dotado de privilégios e regalias próprios.³⁰ Depois, pela sua dimensão ímpar em todo o Reino. Substituindo os cerca de quarenta hospitais e albergarias existentes à data em Lisboa, o hospital geral tinha capacidade para

capacidade de resposta para as necessidades da sociedade perante o aumento da pobreza e de doenças que necessitavam de internamento e cuidados específicos».

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 38: «A reforma iniciada em Milão, em 1448, pelo Arcebispo Rampini, foi o modelo amplamente difundido, de certa forma codificado no Regimento do Hospital de Florença, que vários monarcas europeus, nomeadamente D. João II e Henrique VIII, procuraram seguir».

²⁷ Note-se que a peste não foi a única causa da constatação da necessidade de mutação do sistema de assistência. Como podemos ler em ABREU, Laurinda F. S. - *A Especificidade do Sistema de Assistência Pública Português: linhas estruturantes*, in “Arquipélago História”, 2ª série, VI, 2002, p. 417, «É hoje consensual que as transformações socioeconómicas registadas na Europa desde meados do século XV, potenciadas por uma ameaçadora pressão demográfica sobre os centros urbanos, foram determinantes para a reestruturação das práticas e das políticas assistenciais que desde então procuraram dar resposta à escalada do pauperismo, às cíclicas investidas da(s) peste(s), e ao crescente número de pedintes e de vagabundos».

²⁸ Embora não haja dados suficientes para o poder afirmar com certeza, desconhece-se a presença de uma oposição da Igreja a esta reforma dos hospitais, o que faz do exemplo português um caso excecional ao nível europeu. Talvez essa circunstância se deva ao equilíbrio muito particular que foi conseguido em Portugal entre a Igreja, as Misericórdias, o poder local e o poder régio. Cf. ABREU, Laurinda F. S. - *A assistência...*, p. 40.

²⁹ Sobre a importância dos hospitais na assistência pública da época moderna, leia-se *idem, ibidem*, p. 38: «O Hospital de Todos os Santos, em esboço desde 1479, [...] mandado edificar em 1492 por D. João II e inaugurado por D. Manuel I em 1501, [...] constitui um marco no panorama hospitalar português [...] sobretudo pela nova conceção de hospital que transportava: um espaço que embora não descurasse a assistência espiritual, presente em múltiplos elementos, devia privilegiar as funções curativas».

³⁰ Cf. SÁ, Isabel dos Guimarães - *A Reorganização da caridade em Portugal em contexto Europeu (1490-1600)*, in “Cadernos do Noroeste, Série Sociologia: Sociedade e Cultura”, Vol. 11, nº 2, 1998, p. 47. A título meramente exemplificativo, podemos referir a isenção de despesas de chancelaria nas cartas e alvarás passadas em favor das suas rendas ou a interdição de que as suas casas aforradas servissem de aposentadoria.

acomodar até cerca de cem enfermos.³¹ Porém, a principal diferença que apresentava em relação aos anteriores hospitais residia na sua vocação específica para o cuidado dos enfermos. Esta é a característica que irá operar uma modificação do próprio conceito de hospital. Já não mais se abrigam enfermos, peregrinos, migrantes e outros pobres sob o mesmo teto.

Esta reforma estendeu-se a todo o país, sendo grande o esforço do poder real para conseguir instituir nas principais terras do Reino um hospital geral capaz de disciplinar o caos dos antigos hospitais e albergarias.³² Assim surgiram os hospitais gerais, locais privilegiados de recuperação³³ de doentes, onde se dava prevalência os cuidados do corpo sobre os aspetos devocionais.³⁴

No entanto, a criação de hospitais reais foi apenas um dos vetores da reforma da assistência em Portugal. Concomitantemente, e participando do mesmo espírito reformador, deu-se o primeiro passo na constituição daquela que seria a maior rede de assistência em Portugal – as Misericórdias. Foi a 15 de agosto de 1498 que a Rainha D. Leonor, regente do Reino, instituiu a primeira Confraria da Misericórdia, em Lisboa.

As Misericórdias eram confrarias compostas por leigos irmanados e a sua missão era congregar numa mesma instituição, sob a égide real, a multiplicidade de obras que eram praticadas pelas inúmeras instituições religiosas *supra* mencionadas.³⁵ O aumento do número de Misericórdias

³¹ *Idem, ibidem*, p. 45. *Vd.*, ainda, ABREU, Laurinda F. S. – *A assistência...*, p. 38

³² SA, Isabel dos Guimarães – *A Reorganização...*, p. 48.

³³ Com efeito, falamos em recuperação pois os hospitais destinavam-se ao restabelecimento de enfermos, sendo proibida a entrada de pessoas cuja recuperação se considerasse impossível e, também, de pessoas com doenças infecciosas, que pudessem colocar em causa a recuperação dos restantes pacientes. Veja-se ABREU, Laurinda F. S. – *A assistência...*, p. 38.

³⁴ *Cf. Idem, ibidem*, p. 38.

³⁵ Como explica ABREU, Laurinda F. S. – *O papel das Misericórdias na sociedade portuguesa do Antigo Regime*, in “Santa Casa da Misericórdia de Montemor-o-Novo: história e património”, Lisboa, Editora Tribuna da História, 2008, p. 29, aquela multiplicidade de obras caritativas vinha sendo mal administrada, resultando num estado de degradação geral que não podia ser ignorado. Leia-se, também, SA, Isabel dos Guimarães – *Assistência II. Época Moderna e Contemporânea*, in AZEVEDO, Carlos Moreira, dir. – “Dicionário de História Religiosa de Portugal”, Lisboa, Círculo de Leitores, 2000, pt. A-C, p. 142.

cresceu velozmente e no final do reinado de D. Manuel a sua presença era já bem visível até nos territórios ultramarinos de influência portuguesa, excedendo as setenta casas.³⁶

Embora as várias Misericórdias fossem autónomas entre si, elas assumiam – pelo menos legalmente – um padrão de atuação, que emergia do seu Compromisso, normalmente copiado do Compromisso da Misericórdia de Lisboa. Desta forma, uma das características específicas das Misericórdias em Portugal é precisamente a sua uniformização, ancorada na relação das Misericórdias com o poder real.³⁷

Outro dos aspetos que diferencia a assistência em Portugal na Idade Moderna em relação ao resto da Europa³⁸ assenta, precisamente, no

³⁶ SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve das misericórdias portuguesas: 1498-2000*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008, pt. 1, p. 30; ABREU, Laurinda F. S. – *A organização e regulação das profissões médicas no Portugal Moderno: entre as orientações da Coroa e os interesses privados*, in «Arte médica e imagem do corpo: de Hipócrates ao final do século XVIII», ed. Adelino Cardoso, António Braz de Oliveira, Manuel Silvério Marques, Lisboa, Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, p. 100.

³⁷ É de realçar, contudo, que a associação do poder real às Misericórdias é sobretudo simbólica. Com efeito, elas mantinham a sua autonomia, constituindo-se como instituições locais e com grande relação com o poder local, pois, uma vez que as regalias e privilégios do governo municipal se estenderam à Misericórdia e os cargos desta foram sendo progressivamente nobilitados, a verdade é que era comum que um indivíduo alternasse o exercício de funções na Câmara e na Misericórdia, o que lhe permitiria ir mantendo o mesmo nível de vida – Cf. SÁ, Isabel dos Guimarães – *A Reorganização...*, p. 38.

³⁸ Não cabe no âmbito deste estudo o aprofundamento de todas as questões históricas relacionadas com a assistência em Portugal, na qual as Misericórdias pontificaram, mas apenas da assistência aos enfermos. No entanto, não podemos deixar de referir que em Portugal se desenvolveu um sistema assistencial de características únicas no espaço europeu, entre as quais avultam a laicização e a uniformização da assistência. Para um aprofundamento do tema, *vd.* por todos, ABREU, Laurinda F. S. - *A Especificidade...*, p. 418, onde se pode ler que «[...] Portugal ergueu o seu sistema de assistência pública: um sistema que, não fugindo ideologicamente àquilo que era o cerne das orientações tridentinas, seguiu um caminho próprio, com características únicas no panorama europeu – uma espécie de terceira via, estruturalmente compósita, que tinha a particularidade de se autofinanciar». Note-se ainda que um dos fatores do sucesso das Misericórdias foi precisamente o facto de elas constituírem um sistema autossustentável e, simultaneamente, permitirem a visibilidade do poder real. Repare-se que a principal fonte de rendimento das Misericórdias eram os legados pios, que se constituíam para sufrágio das almas – prática intensificada após o Concílio de Trento, que veio estabelecer a doutrina do Purgatório – e que, normalmente, eram instituídos para vigorarem “enquanto o mundo durar”. Uma vez obtida a autorização para a afetação desses rendimentos para as despesas dos hospitais e o apoio aos pobres, as Misericórdias viram-se perante uma fonte de recursos quase ilimitada. A este fator de sustentabilidade, acresce o facto de estas confrarias funcionarem muitas vezes como agências de crédito, pois, como escreve SÁ, Isabel dos Guimarães – *A Reorganização...*, p. 47, «[emprestar dinheiro] é considerado um ato de caridade uma vez que a taxa de juro é baixa relativamente à praticada pelos usurários e portanto, constitui uma forma de auxiliar os pobres». Veja-se, ainda SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve das misericórdias portuguesas: 1498-2000*, Coimbra, Imprensa da Universidade de

facto de as Misericórdias serem confrarias com um escopo muitíssimo vasto. De facto, os seus Compromissos incumbiam-nas da missão da prática das catorze obras de misericórdia,³⁹ quando as suas congéneres europeias se encarregavam de apenas uma ou duas,⁴⁰ o que as tornava verdadeiros colossos ao serviço da caridade cristã.

Assim, entre as várias obras de misericórdia encontramos a assistência aos enfermos, e é essa que importa ao nosso estudo. Tal tarefa era executada de diversas formas, nomeadamente através do apoio domiciliário aos doentes, do auxílio a enfermos que estavam presos⁴¹ e, sobretudo a partir de meados do século XVI, consubstanciava-se na administração hospitalar.⁴² Esta última configuração da assistência aos doentes transformou-se, progressivamente, na principal função das Misericórdias.⁴³

Na verdade, embora a reforma hospitalar e a fundação das Misericórdias tivessem sido processos concomitantes, não existia à época qualquer intuito de atribuição da gestão hospitalar às Misericórdias.⁴⁴

Coimbra, 2008, pt. 1, p. 56-64. Além destas fontes de rendimento, as Misericórdias eram objeto de vários privilégios reais que lhes permitiam a acumulação de património e uma gestão autónoma do mesmo. *Vd. SÁ, Isabel dos Guimarães – A Reorganização..., p. 53.*

³⁹ São elas as sete obras de misericórdia espirituais - dar bom conselho, ensinar os ignorantes, corrigir os que erram, consolar os tristes, perdoar as injúrias, sofrer com paciência as fraquezas do nosso próximo e rogar a Deus pelos vivos e pelos defuntos - e as sete obras de misericórdia corporais - dar de comer a quem tem fome, dar de beber a quem tem sede, vestir os nus, dar pousada aos peregrinos, assistir aos enfermos, visitar os presos e enterrar os mortos.

⁴⁰ SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia - *História breve...*, p. 26 e 53; SÁ, Isabel dos Guimarães - *A Reorganização...*, p. 39.

⁴¹ A visita domiciliária assumiu uma grande relevância nas primeiras décadas de funcionamento das Misericórdias, conforme constata *idem, ibidem*, p. 31.

⁴² SÁ, Isabel dos Guimarães - *Assistência II. Época...*, p. 142.

⁴³ ABREU, Laurinda F. S. - *A assistência...*, p. 40.

⁴⁴ SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia - *História breve...*, p. 41-42, onde se pode ler que «alguns dos maiores hospitais, o que comprova não ter havido intenção de integrar os hospitais nas misericórdias antes da segunda metade do século XVI - ou se houve não conseguiu vingar -, foram entregues à administração da ordem de S. João Evangelista, que gozava da simpatia régia desde os tempos de D. Leonor e do seu irmão D. Manuel. A administração de hospitais por parte dos Loios ocorreu entre os anos trinta do século XVI, concedida por D. João III, mas no ano do fim do Concílio e Trento, em 1563, a ordem solicitou ao cardeal D. Henrique que a dispensasse do encargo. Foi indubitavelmente a partir do fim do Concílio que os hospitais locais se incorporaram em grande número nas misericórdias, entre os quais o maior hospital do reino, o Hospital Real de Todos os Santos».

Esta mudança operou-se com o Concílio de Trento, que veio influenciar decisivamente a determinação do estatuto jurídico daquelas confrarias.

Uma vez criadas por vontade do Rei, as Misericórdias constituíam então as denominadas *confrarias sob proteção régia*, o que significava que se encontravam fora da alçada do bispo no que era atinente a matérias do foro temporal, sendo tuteladas primacialmente pelo poder político.⁴⁵

Porém, na realidade, cada Misericórdia gozava de uma autonomia quase total,⁴⁶ uma vez que a fiscalização do poder local era muito frágil e inconstante, existindo apenas em casos de flagrante má gestão dos recursos de que dispunha.⁴⁷ Com efeito, se estivessem sob a alçada do poder espiritual, era pouco provável que, quer bispos, quer ordens religiosas, aceitassem os encargos decorrentes da administração de um hospital,⁴⁸ do mesmo modo que as autoridades não eclesiásticas não gostariam de ver esses fundos escaparem para a Igreja.⁴⁹

Neste sentido, é possível afirmar-se que não terá sido por acaso que a administração do Hospital de Todos-os-Santos foi atribuída à Misericórdia de Lisboa em 1564, um ano após o final do Concílio de Trento. Esta transferência desencadeou um processo regular de

⁴⁵ SA, Isabel dos Guimarães – *A Reorganização...*, p. 55: «A partir de Trento tomou corpo a diferenciação entre confrarias laicas e confrarias eclesiásticas; tratava-se de uma distinção da maior importância, na medida em que condicionava a autoridade de quem dependia cada confraria [...] as confrarias laicas, fundadas por leigos, não submetiam os seus compromissos a homologação episcopal e não eram visitadas no temporal mas apenas no que toca aos lugares e objetos de culto». No caso das Misericórdias portuguesas, operou-se ainda mais uma diferenciação, uma vez que foi criada, «a instâncias da delegação portuguesa [...] a figura das confrarias sob proteção régia, [...] que dependiam do rei no que toca à fundação e eram vigiadas pelo bispo apenas no “espiritual”». *Vd. ainda* ABREU, Laurinda F. S. - *A Especificidade...*, p. 426 e SA, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve...*, p. 35 e ss.

⁴⁶ SA, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve...*, p. 49.

⁴⁷ *Vd.* SA, Isabel dos Guimarães – *A Reorganização...*, p. 55 e Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve...*, p. 65, onde se pode ler que «as misericórdias estiveram desde sempre sob especial proteção e jurisdição régia, mas era em geral uma tutela pouco interveniente dirigida a misericórdias específicas e quase sempre respondendo a denúncias feitas por elementos internos».

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 50: «A razão subjacente à preferência pelas Misericórdias, embora não apareça explícita, reside no facto do seu autofinanciamento reduzir os custos da proteção régia e o trabalho efetivo de gestão hospitalar ficar a cargo das Misericórdias. Quando eram as ordens religiosas a fazê-lo, cabia ao rei suportar os encargos hospitalares e os religiosos queixavam-se do esforço a que o trabalho causado pela gestão hospitalar os submetia».

⁴⁹ *Cf.* SA, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve...*, p. 42.

atribuição da gestão dos hospitais às Misericórdias, que passaram a ser as naturais administradoras hospitalares.⁵⁰

Em suma, as Misericórdias tornaram-se as principais prestadoras de cuidados de saúde na Idade Moderna, mas tais cuidados eram baseados em valores religiosos dirigidos à salvação da própria alma, olhando-se os pobres e doentes como objetos de caridade indispensáveis para a salvação daqueles que poderiam praticar obras em seu favor.⁵¹ Não existe, portanto, nenhuma relação jurídica baseada num direito à saúde entre aqueles que cuidam e os beneficiários dos cuidados.

Não resistimos, neste ponto, a proceder a um breve excursus sobre um aspeto pertinente da intervenção política no domínio dos cuidados de saúde neste período. Trata-se da promoção e organização das chamadas *artes curativas*,⁵² ou seja, das profissões de saúde, nomeadamente físicos, cirurgiões e boticários.

É de salientar que, embora este aspeto estivesse intimamente relacionado com a reforma hospitalar,⁵³ pelo interesse renovado nas práticas médicas, o que tornava imperioso encontrar profissionais competentes para estas novas instituições,⁵⁴ a verdade é que se trata de um processo que encontra as suas raízes num período anterior à das reformas da assistência.⁵⁵

De facto, já em 1448, D. Afonso V promulgou uma carta régia que veio impor a obrigação de realização de um exame como condição para a prática da medicina e da cirurgia, cuja violação estava sujeita a pena de

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 42.

⁵¹ Cf. SÁ, Isabel dos Guimarães – *A Reorganização...*, p. 59: «Para além de se ancorar em valores coletivos em torno da salvação da alma, a cultura da caridade assentava também num modo comum de conceber as relações sociais de tipo hierárquico; estas propunham a benevolência paternal do doador e a submissão do recetor, precisamente o tipo de comportamentos que se esperava de quem concedia um favor e de quem o pedia».

⁵² Cf. ABREU, Laurinda F. S. – *A organização e regulação das profissões médicas...*, p. 100.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 98.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 100.

⁵⁵ Não se enquadra no escopo do nosso estudo a descrição exaustiva de todos os aspetos relacionados com as profissões da saúde, tanto mais que muitos deles têm mais que ver com a política e as relações sociais da época do que com a saúde. No entanto, para um aprofundamento do tema, recomendamos a obra aqui amplamente citada de ABREU, Laurinda F. S. – *A organização e regulação das profissões médicas...*, p. 97-122.

prisão. Quem tinha competência para impor tal sanção era o Cirurgião-mor do reino, normalmente nomeado de entre os médicos e cirurgiões pessoais do rei.⁵⁶ Em 1515, D. Manuel I edita o Regimento do Físico-mor, alargando as suas competências também às boticas e aos boticários.⁵⁷

Como nos explica Lucinda F. S. Abreu, já em 1521, o monarca introduziu algumas alterações a tal regimento, que se revelaram da maior importância.⁵⁸

Em primeiro lugar, estabeleceu-se a exigência de formação universitária para os físicos, que não poderiam mais ser meramente empíricos. Além disso, proibiu-se as avenças dos físicos, que trabalhando nos hospitais eram, normalmente, assalariados. Isto significava que os físicos não poderiam aumentar a sua retribuição.

Também se melhorou a articulação entre os físicos e os boticários. Por um lado, procedeu-se ao alargamento das competências do Físico-mor sobre as boticas. Por outro, instituiu-se a prescrição médica para alguns remédios que fossem potencialmente mais perigosos. Foi também neste período que se realizou a delimitação de competências entre físicos e cirurgiões, definindo-se que nem físicos poderiam exercer a cirurgia sem a autorização do cirurgião-mor, nem os cirurgiões estavam habilitados a curar de física sem licença emitida pelo Físico-mor.⁵⁹

De particular relevância para o objeto da nossa investigação é o facto de o referido regimento prever um direito de reclamação dos paciente, sobre os maus cuidados a que tivessem sido sujeitos, a ser endereçada ao Físico-mor.⁶⁰ Atribui-se, pois, aos doentes um verdadeiro direito no

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 98.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 98.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 98.

⁵⁹ Note-se, porém, que os físicos gozaram durante vários séculos de uma reputação que os cirurgiões só alcançariam com a chegada das descobertas científicas do Século das Luzes. *Vd. idem, ibidem*, p. 111: «[os cirurgiões], inscrevendo-se em representações que entroncavam na medievista distinção entre o exercício da medicina, erudito e contemplativo, e as práticas curativas que pressupunham a manipulação dos corpos e do sangue. Esta matriz de diferenciação entre médicos e cirurgiões, que penalizava socialmente estes últimos, associados aos ofícios manuais e, portanto, às artes mecânicas, haveria de perdurar no tempo, exceto em alguns, não muitos, países mais abertos à mudança de paradigma da ciência moderna, que valorizava o saber empírico e a sua complementaridade com o erudito».

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 99.

domínio da saúde. Claro está que se trata apenas de uma ínfima dimensão daquilo que consideramos ser hoje o direito à saúde. Todavia, o que se deve reter é que, num tempo em que a assistência aos doentes era marcada pelos cuidados caritativos, maioritariamente sem base científica, foi reconhecido que, no âmbito da relação entre o paciente e um profissional de saúde, se geram expectativas em relação à qualidade dos cuidados e que essas expectativas são merecedoras de uma proteção regulada.

Finalmente, afigura-se ainda pertinente referir um aspeto da maior importância para a compreensão das formas arcaicas de distribuição da riqueza e dos recursos de saúde na transição de Quinhentos para Seiscentos. Referimo-nos à criação de bolsas para a formação de físicos e cirurgiões.

Efetivamente, em 1575 foi promulgado um diploma da Coroa que obrigava ao pagamento de novos impostos por parte dos municípios, destinados à formação académica de médicos e cirurgiões. Em 1604, sob a dinastia filipina, manteve-se a mesma linha de ação e D. Filipe II ordenou a formação de boticários, igualmente custeada através da tributação. A faceta interessante desta medida reside no facto de que os candidatos admitidos à Faculdade de Medicina deveriam ser, preferencialmente, oriundos das câmaras que pagavam o tributo para a sua formação. Destarte, os novos profissionais estavam destinados a servir as populações mais carenciadas, uma vez que tratavam gratuitamente dos pobres, realizando-se assim uma partilha da riqueza das populações com o escopo de melhorar as condições de saúde da população.⁶¹

O sistema assistencial permaneceu, essencialmente, o mesmo até Novecentos. Também as Misericórdias – pedra angular do referido sistema – mantiveram a sua autonomia e funcionamento intactos até ao século XVIII.⁶² Todavia, uma nova conjuntura, aliada à má gestão

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 105-106; ABREU, Laurinda F. S. – *A assistência...*, p. 41-44.

⁶² É evidente que as Misericórdias assistiram a uma enorme evolução desde a fundação da Misericórdia de Lisboa. Como explicam SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve...*, p. 39, «A nível

praticada em muitas destas organizações, levou ao seu enfraquecimento financeiro, abalando a qualidade da assistência em Portugal.

Com efeito, a segunda metade do século XVIII e o século XIX trouxeram consigo várias crises económicas e políticas que devastaram o país. Com o ouro a escassear no Brasil, Portugal teve de enfrentar uma crise de graves consequências, tanto económicas, de que era expressão o crescimento da inflação, como sociais, com a consequente fuga das populações, o aglomerados de mendigos nas cidades e as epidemias, entre outras.

À crise económica de 1762-1779, seguiram-se eventos políticos que perturbaram toda a organização do país: as invasões francesas, decisões e acordos comerciais desastrosos, a Revolução liberal, a independência do Brasil e a consequente guerra civil. Neste contexto, as Misericórdias empobreceram, muito devido ao mau estado crónico das suas finanças. Na verdade, durante séculos viveram com uma gestão atenta, sobretudo, aos interesses privados e exibicionismos vãos, de que são exemplo os créditos mal parados (uma vez que as Misericórdias emprestavam dinheiro sobretudo a elites que depois não satisfaziam os credores, inexistindo garantias e formas de coação legais adequadas a recuperar o crédito), o desleixo na administração, a corrupção, a preocupação com a opulência das celebrações religiosas e a rigidez dos legados (que dificultava uma afetação dos rendimentos às verdadeiras necessidades das misericórdias).⁶³

Tal situação concorreu para que o Marquês de Pombal coartasse muitos dos privilégios e regalias entretanto concedidos às Misericórdias, o que se enquadrava, aliás, na lógica Iluminista de centralização do poder real que o Marquês prosseguia.⁶⁴ As sucessivas crises, que

interno, desapareceu o espírito evangélico inicial, e as misericórdias foram-se burocratizando, e fazendo hierarquizações internas entre os seus membros [acompanhando] a crescente codificação das hierarquias sociais e o agravamento das exigências de pureza de sangue que se verificou nas sociedades portuguesas».

⁶³ Cf. SÁ, Isabel dos Guimarães - *Assistência II. Época...*, p. 144-145; SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia - *História breve...*, p. 74 e ss.

⁶⁴ Sobre as medidas concretas tomadas pelo Marquês de Pombal neste âmbito, leia-se SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia - *História breve...*, p. 65-73.

intensificavam as necessidades dos grupos mais vulneráveis, tinham porém o efeito perverso de reduzirem a quantidade e a qualidade da assistência.

Embora estas vicissitudes sejam importantes para nos fornecerem um panorama da evolução dos cuidados assistenciais em Portugal tal como eles eram *de facto*, a verdade é que a lógica da assistência, nomeadamente do cuidado aos enfermos, permaneceu essencialmente a mesma. Em suma, se a saúde era, incontestavelmente, uma necessidade da população a que o Estado ia dando resposta,⁶⁵ através das Misericórdias, ela não era ainda um direito de todos e de cada um, mas antes um mero ato de beneficência,⁶⁶ cuja realização – e modo de realização – dependia apenas de quem o praticava.

No século XIX, a Revolução Industrial foi o motor de uma radical e irrevogável transformação social e económica, que desencadeou os mecanismos tendentes à formação de um verdadeiro direito à saúde.

Com efeito, a Industrialização transformou as distâncias e os estilos de vida das populações. O êxodo rural operado no século XIX não tinha precedentes e, com a proliferação das indústrias, nasceu uma nova classe – o proletariado. A classe política, tributária das conquistas operadas pelas revoluções liberais, defendia um sistema de liberdades

⁶⁵ Com efeito, não havia qualquer direito à assistência, havendo mesmo quem não devesse gozar de tal auxílio. Falámos do “pobre merecedor”, em relação ao qual reproduzimos aqui as palavras de ABREU, Laurinda F. S. – *O papel das Misericórdias...*, p. 26: «De raízes medievais, foi à entrada do período moderno, ou seja, paralelo à criação das Misericórdias, que o termo se clarificou e fixou acabando por ter influências diretas nas reformas em curso. As razões encontram-se nas profundas mudanças económicas e sociais, com consequências ao nível do aumento da pobreza e da mendicidade, e da emergência do Estado Moderno – um poder cada vez menos tolerante com o desenraizamento social, com a mobilidade não controlada, muitas vezes associada à ociosidade e à vagabundagem, limitadora da arrecadação tributária e da incorporação militar, dois elementos cruciais das novas formas do exercício do poder. Como reação, as políticas sociais tornar-se-iam bastante repressivas, impelindo os indivíduos para o trabalho e investindo na diferenciação entre aqueles que realmente necessitavam de apoio e os que faziam da mendicidade e da vagabundagem modo de vida». De reter, ainda, que esta visão da assistência teve expressão na Constituição Portuguesa de 1822, cujo artigo 240º - o último articulado do texto constitucional – ditava o seguinte: «As Cortes e o Governo terão particular cuidado da fundação, conservação, e aumento de casas de misericórdia e de hospitais civis e militares, especialmente daqueles que são destinados para os soldados e marinheiros inválidos; e bem assim de rodas de expostos, montes pios, civilização dos índios, e de quaisquer outros estabelecimentos de caridade».

⁶⁶ Neste sentido, *vd.* NETO, Luísa – *Direito à Saúde...*, p. 1.

intocáveis pelo poder estadual, cuja única função era zelar para que cada indivíduo tivesse o seu espaço de liberdade na sociedade.

O Estado nada regulava, muito menos condições em que os trabalhadores aceitavam os seus empregos. Gerou-se assim uma classe que vivia em condições de desmedida miséria, o que se tornou insuportável. Tanto mais que os novos tempos trouxeram um novo modelo de trabalho, propício à ocorrência de acidentes graves dos trabalhadores, que não raras vezes operavam maquinaria sem a formação, experiência ou equipamentos adequados. Deste modo, o risco de incapacidade e de doença associado ao mercado laboral era crescente.

Face a estes novos desafios, surgem renovadas respostas assistenciais, na forma de movimentos sindicais e de associações mutualistas e montepios, que são instituições destinadas sobretudo à prevenção de situações de pobreza, apoiando os seus beneficiários nos momentos mais complicados, que são aqueles em que o risco se transforma em facto.⁶⁷

Posteriormente, são os próprios industriais que se apercebem das vantagens em promover melhores condições para os seus trabalhadores. De facto, trabalhadores saudáveis, ou seja, bem nutridos e bem cuidados, são mais produtivos. Tornava-se então premente promover a saúde dos trabalhadores. No entanto, as classes burguesas, que detinham o poder económico, mas que controlavam também os parlamentos dos Estados liberais, atribuíram tal responsabilidade não aos empregadores, mas precisamente ao Estado.⁶⁸

Evidenciava-se, desta forma, na Europa, a relevância política da proteção social dos riscos laborais.⁶⁹ Com as revoluções socialistas e a segunda guerra mundial, tornou-se patente que a mera afirmação de princípio de direitos universais em documentos inspiradores, mas sem

⁶⁷ Cf. ROSEIRA, Maria de Belém, *op. cit.*, p. 47-48.

⁶⁸ *Vd.* DALLARI, Sueli Gandolfi – *Uma nova disciplina...*, p. 329.

⁶⁹ Cf. ROSEIRA, Maria de Belém, *op. cit.*, p. 48: «na Europa, designadamente na Alemanha [...] a capacidade reivindicativa crescente dos sindicatos levou Bismarck a aperceber-se da importância política da assumpção por parte do Estado de uma ação dirigida à cobertura dos riscos sociais associados ao trabalho, assente na técnica dos seguros sociais. Em Inglaterra, Disraeli segue pelo mesmo caminho».

consequência, era vazia de conteúdo e de consequências. Tornou-se, pois, imperativo descobrir novas formas de prover às condições para o exercício verdadeiro e efetivo dos direitos de liberdade materiais.⁷⁰

Todavia, foi só após os horrores da segunda grande guerra que a sociedade ocidental viu chegado o momento da plena afirmação dos direitos fundamentais e sociais, radicados na dignidade da pessoa humana, de cariz universal e inalienável, a serem defendidos por um Estado – também ele – social, e que se vai afirmando como tal, tanto no plano internacional, como nos ordenamentos jurídicos internos de vários Estados ocidentais.

Entre tal catálogo de direitos encontra-se o direito à saúde, pela primeira vez expresso no artigo 25º da DUDH, de 1948.⁷¹ Assim, tendo o propósito da proteção da saúde e da promoção do bem-estar, tal preceito não esquece que há muitas condições de obtenção daquele objetivo que se relacionam intimamente com outros direitos humanos, ditos sociais, como uma boa alimentação, agasalho e habitação.

Em Portugal, o percurso foi um pouco diferente. Apesar de ser um país pouco industrializado, Portugal também assistiu, no final de Novecentos, ao crescimento das associações mutualistas. No entanto, a natureza destas era privada, e, portanto, estavam longe de significar o reconhecimento estadual de um direito à assistência.

A implantação da República trouxe consigo a aspiração de implementar um sistema que tornasse a esmola desnecessária, mas não logrou ter sucesso nos tempos conturbados que se seguiram.

Já no Estado Novo, as associações mutualistas supra referidas foram praticamente extintas, em virtude da aversão da ditadura à liberdade de associação. Por outro lado, a relação privilegiada que o poder político de

⁷⁰ Vd. DALLARI, Sueli Gandolfi – *Uma nova disciplina...*, p. 328.

⁷¹ Bem sabemos que, à primeira vista, a DUDH, sendo uma resolução da ONU, não veria reconhecida em si qualquer vinculatividade jurídica. No entanto, pelo impacto que veio a ter a nível internacional – importância que chegou a ser comparada à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgida da Revolução Francesa – é comum os autores atribuírem-lhe força jurídica. Vd. VASAK, Karel – *A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, in «UNESCO Courier Vol. 30, nº 11», Paris, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977, p. 29.

então mantinha com a Igreja Católica permitiu que em 1944 se publicassem os Estatutos da Assistência Social, onde se afirmava a natureza supletiva das prestações do Estado e das autarquias em relação às instituições particulares que prestavam assistência e que se confinavam praticamente a instituições eclesiais, nomeadamente congregações femininas.⁷² Também na década de quarenta surgiram as caixas sindicais de previdência e as prestações de serviços médicos, dirigidas inicialmente aos trabalhadores e só mais tarde contemplando também os seus familiares.⁷³

Em suma, apesar da existência de alguns direitos para determinados grupos de cidadãos, seria necessário esperar pela Revolução de Abril e pela nova Constituição daí resultante para que, em Portugal, a saúde deixasse de ser um privilégio de alguns e passasse a ser um direito de cada indivíduo, reconhecido assim na sua dignidade.⁷⁴

2. O direito à saúde: perspetiva de direito internacional e de direito estrangeiro

A evolução histórica *supra* apresentada conduziu à consagração da saúde como um bem jurídico fundamental, a ser tutelado e promovido pelo Direito.⁷⁵ Este é o momento para compreendermos qual a evolução

⁷² TEIXEIRA, Maria Elvira - *Assistência III. Do fim da Monarquia ao Estado Novo*, in AZEVEDO, Carlos Moreira, dir. - "Dicionário de História Religiosa de Portugal", Lisboa, Círculo de Leitores, 2000, pt. A-C, p. 151.

⁷³ *Vd.* ROSEIRA, Maria de Belém, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁴ É de salientar que, ainda hoje, há alguns autores que se batem pelo efetivo reconhecimento da saúde como um direito fundamental correspondente a um direito humano, com a finalidade de imporem um sistema universal e gratuito de saúde, por oposição a uma visão meramente mercantilista da saúde, que a transforma num mero privilégio a ser usufruído apenas por quem tem recursos para a pagar. Sobre este tema, *vd.* CASTRO, Arachu - *Sobre el derecho a la salud*, in "Rev. Cubana de Salud Pública", nº 32, vol. 1 [em linha], [consult. 2010-09-12]. Disponível na *www*: <URL: <http://scielo.sld.cu>>, PAPADIMOS, Thomas J. - *Healthcare access as a right, not a privilege: a construct of Western thought*, in *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, Vol. 2, nº 2 2007 [em linha], [consult. 2011-02-23]. Disponível na *www*: <URL: <http://www.peh-med.com/content/2/1/2>>.

⁷⁵ NETO, Luísa, *Direito à Saúde...*, p. 1-2.

deste direito e quais as principais perspectivas jurídicas sobre a sua efetividade hoje em dia.

Na verdade, desde o pós-guerra multiplicaram-se os instrumentos internacionais atinentes à saúde ou a aspetos com ela relacionados, num constante aprofundamento das diferentes dimensões que tal direito envolve. Por outro lado, com o nascimento do Estado social e o surgimento quase simultâneo de vários novos países, tornou-se comum ver os novos direitos sociais reconhecidos nas modernas Constituições.

Desta forma, encontramos-nos perante dois planos jurídicos distintos – e que, todavia, se interseitam – a analisar: o plano internacional e o plano interno. Efetivamente, não é de admirar que o direito à saúde se apresente sob variadíssimas vestes, entre elas as de direito humano, direito fundamental, direito social (e, por vezes, até direito de liberdade) e direito de personalidade. Todas estas evocações nos remetem para uma diferente faceta do direito à saúde, para um particular ramo do Direito. Mas todas elas se vão aproximar no seu sentido material, tanto mais quanto mais se aproximam daquele axioma fundamental de todos os direitos, a dignidade da pessoa humana.

Ao nível internacional, o direito à saúde fez a sua primeira aparição no artigo da DUDH, de 1948,⁷⁶ assumindo o seu lugar no leque dos direitos humanos emergentes de uma comunidade internacional em reestruturação e ainda abalada pelos efeitos devastadores de um dos piores conflitos da humanidade. Torna-se, pois, evidente que para atingirmos uma compreensão cabal do significado do direito à saúde neste contexto, é necessário dedicar primeiro algumas breves linhas à explicação do que sejam os direitos humanos, nomeadamente na sua contraposição com outras denominações tão frequentes, como sejam a de direitos fundamentais e a de direitos de personalidade.

⁷⁶ Em bom rigor, há que reconhecer que a DUDH não é o primeiro instrumento internacional a demonstrar uma preocupação com questões relacionadas com a saúde. Na verdade, já a Convenção n° 29 da OIT, sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, adotada a 28 de junho de 1930, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional a 1 de maio de 1932, demonstra uma preocupação para com a saúde dos trabalhadores, em especial pelo preceituado nos artigos 16° e 17°. A novidade da DUDH está em reconhecer um direito à saúde universal e dependente apenas da mera condição de se ser humano.

A expressão *direitos humanos* não tem ainda uma definição precisa. Não sabemos se algum dia virá a ter. Parece ser um daqueles conceitos sempre em evolução, adquirindo novos significados pela absorção dos contextos culturais em que é utilizado. Não nos cabe neste trabalho proceder a uma análise exaustiva do seu significado em cada uma das épocas passadas, nem indagar da sua presença mais ou menos oculta na História, em preceitos a que hoje atribuiríamos a denominação de direitos humanos.⁷⁷ Bastar-nos-á o recurso ao período mais recente, ou seja, à segunda metade do século XX.

Na verdade, até à segunda guerra mundial, os direitos humanos ainda não eram uma realidade. Desde o século XVIII surgiram várias vicissitudes no processo de afirmação destes direitos, muitas delas só perceptíveis hoje pela distância histórica que já nos separa das suas origens. Contudo, cremos que a especificidade mais marcante que nos é permitido atualmente atribuir aos direitos humanos é a sua afirmação universal, não apenas do reconhecimento de uma titularidade geral dos mesmos – que de pouco adianta quando não são efetivados – mas a sua afirmação ao nível internacional pela vasta maioria dos países que hoje existem.

Com efeito, se antes os direitos individuais eram afirmados e garantidos sobretudo ao nível estadual, por cada comunidade politicamente constituída, hodiernamente eles comportam um cariz internacional indesmentível. Este processo de transformação muito deve às atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial que conduziram à perda de confiança nas nações e nas maiorias.⁷⁸

⁷⁷ Com efeito, a fazê-lo, poderíamos partir mesmo de todos os contributos da Antiguidade e da Cristandade para a construção dos direitos humanos, assim como do percurso efetuado desde o século XVIII até meados do século XX, em que avultam as declarações de direitos do homem e a afirmação crescente da existência de direitos naturais, universais e iguais para todos os homens, que, embora tendo importância no plano ideológico, pouca relevância jurídica assumiam. Sobre este tema, *vd.* por todos, HUNT, Lynn – *Inventing Human Rights: A History*, Nova Iorque, W. W. Norton, 2007, [Edição Kindle].

⁷⁸ HUNT, Lynn – *op. cit.*, [Edição Kindle], p. 176, localização 2140-2148. No mesmo sentido, *vd.* ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 30-31: «Até então [ao pós-guerra], predominava sem discussão o princípio do “domestic affair” ou da não-ingerência, que limitava o direito internacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade

Deste modo, a expressão “direitos humanos” reporta-nos imediatamente para o nível internacional, ainda que o seu conteúdo seja o da tutela e promoção de bens jurídicos intimamente relacionados com o indivíduo,⁷⁹ tal como sucede com os chamados direitos fundamentais, que nos remetem para o nível constitucional,⁸⁰ e com os direitos de personalidade, que evocam a perspectiva civilista.⁸¹ Em suma, parece-nos que a diferença entre estas denominações não é tanto de conteúdo – embora também o seja – mas do ramo do Direito a que se atribuem esses conteúdos.

Passamos, pois, à análise dos preceitos internacionalmente positivados referentes ao direito à saúde. Podemos classificá-los de acordo com um critério de âmbito de aplicação. Assim, por um lado existem instrumentos que consagram um direito universal à saúde e, por outro, há documentos que se referem ao direito à saúde de determinados grupos de pessoas.

Começaremos, então, pela análise da já referida DUDH, mais precisamente pelo seu artigo 25º,⁸² a respeito do qual há relevantes

internacional formal. A situação dos indivíduos era definida e protegida pelo Estado da nacionalidade (ou da residência), sem que os outros Estados tivessem legitimidade para intervir [...] No entanto, à medida que as fronteiras se foram abrindo, a esfera de relevância internacional foi-se alargando e consagrou-se a ideia de que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, de certos direitos fundamentais é uma questão de direito internacional. O princípio que hoje se afirma na cena mundial relativamente aos direitos humanos é, inequivocamente, o do “international concern” [...] Foi nesta linha que muitos autores reconheceram à Declaração Universal dos Direitos do Homem [...] o valor de costume internacional».

⁷⁹ Ou, na perspectiva de ANDRADE, José Carlos Vieira de, *op. cit.*, p. 19: «naquele núcleo irrestringível de direitos, diretamente decorrentes da dignidade humana, revela-se uma dimensão fundamentante dos direitos individuais, a qual, sob a veste de direito natural, que foi o seu figurino histórico, ou sob outra veste jurídica equivalente – a de “consciência axiológico-jurídica” ou a de “princípios jurídicos fundamentais”, anteriores e superiores ao próprio legislador constituinte – legitima, dá caráter e contribui para iluminar o conteúdo de sentido dos preceitos constitucionais ou de direito internacional».

⁸⁰ FACHIN, Melina Girardi – *Direitos Humanos e Fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva. Um olhar por meio da literatura*, Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2007, p. 58.

⁸¹ Com efeito, utilizando a expressão talvez demasiado lata de MIRANDA, Jorge – *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, Principia Editora, 2006, p. 61, «os direitos fundamentais são os direitos de personalidade no Direito Público e os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito Privado».

⁸² «Artigo 25.º DUDH:

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na

observações a fazer. Em primeiro lugar, é patente que esta disposição não trata apenas do direito à saúde, mas engloba outros direitos, como o direito à alimentação, ao vestuário e ao alojamento.

Com efeito, uma primeira aproximação ao articulado, pode sugerir um papel menor do direito à saúde, quando comparado com o desenvolvimento e especificação de que gozam outros direitos aí enunciados, de que são meros exemplos o direito à educação (artigo 26º da DUDH) ou o direito ao trabalho (artigo 23º).

Não é deste modo que o interpretamos. Ao invés, parece-nos fazer todo o sentido que o direito à saúde apareça em estreita conexão com as condições de bem-estar mencionadas no artigo 25º e que se podem traduzir na fórmula expressada logo no início do artigo: «o nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar». Não deixa de ser, aliás, curiosa a associação entre a saúde e o bem-estar. É impossível, a propósito deste ponto, não nos recordarmos daquela que é, provavelmente, a mais citada noção de saúde, e que integra o segundo parágrafo do preâmbulo da Constituição da OMS: «a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade».⁸³

A conclusão a que se chega é a de que a saúde é bem-estar, ou melhor, é o pleno bem-estar. Assim sendo, as condições que permitem a saúde não se limitam ao acesso aos cuidados de saúde formais, ou seja, a ser atendido por profissionais de saúde e a obter os medicamentos de que se necessita, mas abrange ainda todas as condições que se sabe serem garantias de oportunidade de uma melhor saúde, como a proteção do frio, através do vestuário e da habitação e uma nutrição adequada.

viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social».

⁸³ Note-se que mesmo esta definição não é isenta de críticas na própria comunidade científica, que, frequentemente, invoca o seu carácter ideal ou utópico. Destacando a impossibilidade de este conceito se efetivar, uma vez que ninguém consegue atingir um completo estado de bem-estar, cf. PEREIRA, O. Gouveia – *op. cit.*, p. 610.

Resta, contudo, uma crítica a fazer ao articulado em exame e que se prende com a própria natureza da saúde e com a sua conceção enquanto direito. Com efeito, temo-nos vindo a referir a um “direito à saúde” de forma indiscriminada e sem grande precisão nos termos. Mas não poderemos continuar o nosso trabalho sem uma explicação precisa do que entendemos por tal direito, pois não se trata, em bom rigor, de um “direito à saúde”, mas de um direito de acesso às melhores condições de saúde possíveis, entre as quais se destacam os cuidados de saúde.

Efetivamente, a saúde enquanto um estado do ser apresenta-se como uma experiência profundamente pessoal. Nas palavras de Gadamer, «apesar do seu caráter recôndito, ela [a saúde] transparece numa espécie de bem-estar e, mais ainda, no prazer de nos sentirmos bem, de nos mostrarmos empreendedores, abertos ao conhecimento e esquecidos de nós, mesmo quando experimentamos as fadigas e os esforços» e um pouco adiante «a saúde não é apenas um sentir-se, mas estar-aí, estar-no-mundo, é um estar-com-os-outros, um sentir-se satisfeito com os afazeres da vida e manter-se ativo neles».⁸⁴

A saúde é portanto aquele estado em que a pessoa se sente capaz de realizar todas as suas potencialidades, de se poder realizar, sem que nenhum obstáculo – nenhuma enfermidade – obste a tal realização. Neste sentido, percebemos que a saúde transcende o mero diagnóstico técnico e compreendemos melhor a classificação da medicina como uma ciência humanística.⁸⁵

De facto, existe na saúde uma constante referência ao sujeito. É que o diagnóstico pode não coincidir com o sentimento subjetivo de bem-estar de que a pessoa desfruta. Com efeito, não é raro os médicos diagnosticarem uma doença a quem *se sente* de perfeita saúde, assim como contrário é verdadeiro, ou seja, a pessoa procura o médico porque *não se sente* bem, mas este não diagnostica nenhuma doença, seja

⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg – *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina*, Lisboa, Edições 70, 2009, p. 128.

⁸⁵ Sobre a atual distinção entre ciências naturais e ciências humanísticas e a sua convergência no domínio da medicina, veja-se DREYFUS, Hubert L.- *Medicine as Combining Natural and Human Science*, in “Journal of Medicine and Philosophy”, n.º36, 2011, p. 335-341.

porque a pessoa não sofre de nenhuma patologia, seja porque o estado da arte ainda não permite tal diagnóstico.⁸⁶

É, ainda, pertinente salientar que é a existência destas situações que permite a distinção entre as noções de doença e de enfermidade. Enquanto à doença corresponde uma patologia, que tanto pode afetar o bem-estar da pessoa como lhe pode passar despercebida, a enfermidade implica, por definição, que alguma coisa falta à pessoa que dela padece, que lhe falta a força e que, conseqüentemente, não se encontra num completo estado de bem-estar.⁸⁷ Em suma e em rigor, à saúde opõe-se não a doença, mas a enfermidade.

Contudo, o principal aspeto da questão que nos interessa, está em que a saúde, enquanto experiência pessoal, não pode ser controlada por aquele que a experiencia. Todos nós algum dia ficamos doentes e todos nós sabemos da possibilidade de voltarmos a ficar. Ninguém pode garantir a saúde – ela é sempre um dom.

Ora, se a saúde não pode ser produzida e não pode ser oferecida,⁸⁸ então ela também não pode ser devida e, portanto, não pode constituir em si objeto de um direito. De onde vem então o chamado “direito à saúde”? Qual é o seu preciso alcance? E qual a sua fundamentação?

⁸⁶ Cf. PEREIRA, O. Gouveia – *op. cit.*, p. 611.

⁸⁷ Com efeito, o vocábulo «enfermidade» deriva do latim *infirmitas*, *atis*, que significa fraqueza do corpo, fraca compleição, falta de forças ou debilidade. Este substantivo era também usado para significar a fraqueza de caráter ou de inteligência, a inconstância, a leviandade e a timidez. Já o termo «doença» deriva do latim *dolentia*, *ae*, ou seja, “dor” e relaciona-se com o verbo latino *dolere*, que significa experimentar uma dor, ter um mal, sofrer.

⁸⁸ Esta natureza da saúde era mais evidente para os antigos filósofos gregos do que o é para nós, que vivemos numa sociedade com um grande desenvolvimento técnico, capaz de, tantas vezes, gerar a ilusão de um controlo sobre a saúde e, até, sobre a vida. Disto mesmo nos fala GADAMER, Hans-Georg – *op.cit.*, p. 48-49, quando afirma, acerca da arte de curar, que «a obra do médico [...] justamente por se tratar da saúde, deixa por completo de ser sua. Na realidade nunca o foi. A relação entre a ação e o realizado, entre fazer e aquilo que é feito, entre esforço e êxito, tem uma natureza fundamentalmente distinta, enigmática e duvidosa» e, mais adiante, observando que «a peculiaridade das ciências naturais modernas consiste em entender o seu próprio saber como um poder-fazer [...] [que] como tal, já não é um curar, mas um produzir (fazer)». De certa forma, é possível afirmar que também no direito subsiste uma transposição daquela mesma lógica quando se afirma que ao médico cabe uma obrigação de meios e não de resultados (*vd. infra*, p. 178 ss.). *Vd. PEREIRA, André Gonçalo Dias – O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 422-429.

Se é verdade que a saúde é um dom, também é verdade que cada vez mais conhecemos as suas causas e, conseqüentemente, aquilo que a pode perturbar. Deste modo, não podemos dizer que qualquer atuação seja indiferente para a obtenção de um melhor estado de saúde.

Todos os anos se fazem incontáveis estudos sobre quais os alimentos bons e maus para a saúde, sobre os benefícios do exercício físico e o malefício de substâncias tóxicas, sobre a eficácia da vacinação ou sobre os comportamentos de risco.⁸⁹ E todos eles nos permitem afirmar que há certas medidas que podem ser adotadas para a obtenção e manutenção da saúde. Por outro lado, quando a saúde falha, também há vários cuidados médicos que podem ser prestados e que contribuem grandemente para o seu restabelecimento.

Desta forma, se todas as pessoas partilham de uma mesma condição humana, que se manifesta no destino comum de que participamos e que inclui, certamente, a doença, a dor e a morte, é essa mesma condição que nos coloca numa especial relação de solidariedade. Esta condição implica que, se eu tenho os meios para aliviar o sofrimento de outro ser humano, então incumbe-me o dever de o assistir. Esta obrigação nasce do reconhecimento no outro da mesma dignidade humana que partilhamos e é nela que se baseia, do mesmo modo que é nela que se fundamenta o correlativo direito, que temos vindo a designar de “direito à saúde”.⁹⁰

Concluída esta breve explicação, torna-se mais compreensível o carácter pouco rigoroso da formulação do artigo 25º da DUDH, uma vez que nenhum nível de vida é suficiente para assegurar a saúde. O

⁸⁹ Uma rápida pesquisa numa das maiores bases de dados de estudos na área da saúde – a PubMed (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov>) – pode comprovar esta afirmação. Com efeito, no dia 13 de março de 2012, pesquisamos as seguintes expressões, que são meramente ilustrativas: “physical exercise”, “good nutrition”, “drug abuse”, “immunizations”, “health risk behaviours”, obtendo, respetivamente, 2249, 7113, 348610, 165876 e 21770 resultados.

⁹⁰ Sobre a correlação entre direitos e deveres fundamentais e a conceção destes como deveres de solidariedade, veja-se, entre outros, MIRANDA, Jorge – *op. cit.*, p. 65; ANDRADE, José Carlos Vieira de – *op. cit.*, p. 159-170. A UE reconhece também na sua Carta dos Direitos Fundamentais o direito à proteção da saúde, incluindo-o no capítulo IV, que tem por epígrafe «Solidariedade». É ainda interessante, a este respeito, ler HUNT, Lynn – *op. cit.* [Edição Kindle]. De facto, a autora desenvolve a tese de que o surgimento dos direitos humanos se deveu à possibilidade de desenvolver o sentimento de empatia em relação a grupos de pessoas que normalmente não eram vistas como tais e nas quais se incluem as mulheres, as crianças e os indigentes.

verdadeiro sentido do articulado está em considerar o direito à saúde, em sentido subjetivo, como um conjunto de liberdades e de direitos que são reconhecidos à pessoa titular do direito à saúde, em virtude da sua dignidade humana. É assim que, por exemplo, o direito à informação integra o direito à saúde, pois cada pessoa tem o direito de decidir sobre si própria, o que inclui optar entre as várias intervenções de saúde de que possa ser objeto. Para que tal decisão seja livre, é pois, necessário que ela tenha a informação correta e pertinente⁹¹ sobre o seu estado e as previsíveis consequências de cada uma das atuações possíveis.

Também o artigo 12º do PIDESC,⁹² que entrou em vigor na ordem jurídica internacional a 3 de janeiro de 1976, contém no âmbito do seu preceituado um direito à saúde, aqui de forma mais detalhada e rigorosa. Com efeito, este artigo indica que o direito à saúde consiste na obtenção do «melhor estado de saúde física e mental possível de atingir» e este «melhor estado» pode, no caso concreto, ser um estado de saúde muito fraco. Na verdade, o «melhor» nunca significa bom, mas apenas o «menos mau».

A novidade do artigo 12º do PIDESC está, contudo, em determinar metas mais concretas que concorrem para a obtenção daquele objetivo geral consagrado no nº 1 do referido artigo. Assim, os Estados Partes passam a ter a obrigação de tomar medidas para atingir objetivos concretos relativamente à saúde infantil, ao meio ambiente e à higiene, ao controlo de certas doenças (nomeadamente as contagiosas) e ao acesso à saúde por parte da população. Repare-se que, mais uma vez, através destes objetivos concretos, conseguimos perceber a relação entre

⁹¹ Este tema será objeto do segundo capítulo deste trabalho.

⁹² «Artigo 12º PIDESC:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;

O melhoramento de todos os aspetos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;

A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;

A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença».

a saúde e outros direitos, como o direito a viver e trabalhar num ambiente saudável e em condições de higiene. Na verdade, como já afirmámos, o direito à saúde é muito mais amplo do que o mero acesso aos cuidados de saúde.⁹³

Paralelamente a estes dois artigos de âmbito universal que encontramos na ordem jurídica internacional, há muitos outros que dizem respeito a determinados grupos de pessoas que, pela sua vulnerabilidade ou pelas especiais circunstâncias em que se encontram, demandam certas especificidades no seu tratamento, como as crianças, as mulheres, os trabalhadores ou os reclusos.

Efetivamente, em relação às crianças, já em 1959 a Declaração dos Direitos da Criança previa no seu 4º princípio o direito da criança a «crescer e a desenvolver-se com boa saúde». Para tal, propunha-se tanto os cuidados à infância como os devidos cuidados pré e pós-natais. No entanto, mais recentemente, a Convenção dos Direitos da Criança, com início de vigência a 2 de setembro de 1990, veio consagrar no seu artigo 24º o direito à saúde das crianças, com um escopo bastante detalhado.⁹⁴

Além da consagração geral do direito a criança a «gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos e de reeducação», o articulado estabelece seis objetivos concretos a atingir pelo estado, nomeadamente no que concerne à baixa da mortalidade, ao acesso a cuidados de saúde, à nutrição adequada, aos cuidados maternos, à educação para a saúde (tanto da criança, como dos seus pais e da população em geral) e aos cuidados preventivos e de planeamento familiar (artigo 24º, nº 2).

⁹³ Na sequência do artigo 12º do PIDESC, surgiu também um importante documento pelas mãos do Comité para os direitos económicos, sociais e culturais do Conselho Económico e Social da ONU, que é o Comentário Geral nº 14, de 2000. Este documento sublinha que o direito à saúde não é apenas o direito a cuidados de saúde, como afirma no seu número 4: «On the contrary, the drafting history and the express wording of article 12.2 acknowledge that the right to health embraces a wide range of socioeconomic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water [...]».

⁹⁴ Para uma compreensão mais aprofundada deste artigo, veja-se EIDE, Asbjørn/Eide, Wenche Barth – *Article 24. The Right to Health*, in “A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child”, org. A. Alan, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Ademais, salienta-se a necessidade de proibir as tradições prejudiciais à saúde das crianças e de promover a cooperação internacional para o cumprimento destes objetivos. O que nos parece mais relevante neste preceito é a consciência de que todas as políticas e medidas de saúde que se dirijam às crianças têm necessariamente de envolver, em primeira linha, a mãe, depois, ambos os pais e, por fim, toda a comunidade.⁹⁵

No contexto da saúde, existe ainda a preocupação com uma dimensão essencial do respeito pela dignidade da pessoa, que é o acesso equitativo aos cuidados de saúde. É neste sentido que vários instrumentos internacionais vêm clarificar em que consiste esse acesso para determinados grupos da população, nomeadamente as mulheres e as pessoas com deficiência.⁹⁶ Existem ainda convenções emitidas no âmbito da OIT,⁹⁷ cujos articulados protegem certas dimensões do direito à saúde de grupos específicos de trabalhadores e, também, alguns instrumentos internacionais que estabelecem os direitos dos reclusos, entre os quais se conta o direito à saúde.⁹⁸

Concomitantemente à proteção universal dos direitos humanos, existe uma proteção regional dos mesmos. Com efeito, por vezes geram-se solidariedades entre Estados, que se associam para criar organizações internacionais de carácter regional, baseadas nos valores comuns e na

⁹⁵ Além das normas referidas, há ainda outros instrumentos internacionais relativos às crianças que vêm especificar o direito à saúde, em circunstâncias particulares. Veja-se, a título de exemplo, a *Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, as *Regras das Nações Unidas Para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade* ou os *Princípios das Nações Unidas para o Idoso*.

⁹⁶ Vd. a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres*, de 1981, nomeadamente os artigos 10º, 11º e 12º, as *Regras Gerais Sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência*, de 1993, ponto 26 e o protocolo opcional à *Convenção das NU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, em especial o artigo 25º.

⁹⁷ Consulte-se, por exemplo, a *Convenção 29º da OIT*, de 1932, sobre trabalho forçado (artigos 11º, 15º, 16º e 17º), a *Convenção 97º da OIT* de 1949, sobre trabalhadores migrantes (artigo 5º) ou a *Convenção 138º da OIT* de 1976, sobre a idade mínima de admissão ao emprego (artigos 3º e 7º).

⁹⁸ Vd. as *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*, de 1977, em especial os pontos 22 a 26, o *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão*, de 1988 (princípio 22) ou os *Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos*, de 1990, ponto 9. É de salientar que existem ainda outros documentos internacionais que revelam facetas da proteção da saúde, como o *Código de Conduta para Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*, de 1979 ou a *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas de Criminalidade e de Abusos de Poder*, de 1985.

proximidade geográfica e ideológica.⁹⁹ É no seio destes sistemas regionais que também vamos encontrar a proteção do direito à saúde.

Na Europa, as duas principais organizações são o Conselho da Europa e a União Europeia. Ambas surgiram no pós-guerra com o intuito de salvaguardar a paz e fomentar a prosperidade entre os Estados membros, embora inicialmente o Conselho da Europa estivesse mais voltado para a afirmação do primado do direito, dos direitos humanos e da democracia e a União Europeia para a estabilidade económica e a promoção do comércio.

O Conselho da Europa, atualmente constituído por quarenta e sete Estados-membros – entre os quais se conta Portugal –, surgiu com o intuito de promover a unidade baseada na herança comum dos povos europeus e de fomentar o progresso económico e social.¹⁰⁰ Para tal, os Estados membros comprometem-se a «reconhecer o princípio do primado do direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais».¹⁰¹

Em ordem a um maior aprofundamento na concretização dos direitos humanos, o Conselho da Europa elaborou a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, normalmente conhecida como Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Este é um documento pioneiro e único, não tanto pela afirmação dos direitos humanos, mas porque vem institucionalizar um verdadeiro sistema judicial de proteção dos direitos humanos de cariz regional.¹⁰²

⁹⁹ DINH, Nguyen Quoc *et al.* – *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.590.

¹⁰⁰ Artigo 1º, al. a), do Estatuto do Conselho Europeu, publicado em Diário da República, I Série, a 22 de novembro de 1978.

¹⁰¹ Artigo 3º do Estatuto do Conselho Europeu.

¹⁰² Com efeito, a secção II da CEDH estabelece um Tribunal apto a apreciar queixas de particulares pela violação, por parte do Estado membro, das obrigações emergentes dos direitos estabelecidos na secção I da CEDH, o que significa que qualquer pessoa que considere que um direito seu, reconhecido na CEDH, foi violado por um Estado parte na referida convenção, pode intentar uma ação no TEDH e, a confirmar-se a violação, o Estado membro será condenado a pagar uma justa compensação. Note-se que nem sempre o mecanismo foi o que resulta hoje em dia da CEDH. Com efeito, inicialmente, o sistema de garantia dos direitos baseava-se em dois órgãos: uma comissão de direitos humanos e um tribunal. Em princípio, e uma vez

Sucede, contudo, que a CEDH consagra apenas os chamados direitos civis e políticos, não havendo nenhum artigo especificamente dedicado à proteção da saúde. Significa isto que a saúde fica sem tutela no âmbito do Conselho da Europa? Não, por dois motivos, que analisaremos de seguida.

Em primeiro lugar, embora a CEDH não consagre um artigo à proteção da saúde, tal não significa que esse direito – ou pelo menos algumas das suas dimensões – não seja protegido através de outras disposições. Foi o que se revelou, por exemplo, no caso *D. v. Reino Unido* (30240/96), de 2 de maio de 1997, em que o TEDH considerou que constituía uma violação do artigo 3º da CEDH uma ordem de deportação para um Estado onde não possa ser dada continuidade a um tratamento de saúde essencial para a manutenção da qualidade e esperança de vida do deportado.¹⁰³

Existe, portanto, uma jurisprudência do TEDH, no sentido de defender o direito à saúde em nome da proibição da tortura e

esgotados os recursos nacionais, qualquer pessoa ou grupo de pessoas que considerasse ter sido alvo de uma violação de direitos contidos na CEDH por parte de um Estado signatário, poderia apresentar uma queixa na Comissão. Face a essa queixa, a Comissão chamaria o Estado alegadamente violador para se pronunciar. No final do procedimento, a Comissão deveria emitir um relatório com a conclusão sobre a violação ou não violação do direito por parte dos Estados e, caso fosse adequado, emitir recomendações. Mas estas não tinham carácter vinculativo. Este efeito apenas poderia ser obtido com o reencaminhamento do caso para o Tribunal respetivo. Sucede que em 1998, os Estados membros do Conselho da Europa decidiram abolir a Comissão e transformar o TEDH no único órgão de fiscalização do cumprimento da Convenção. Note-se que este tribunal pode receber queixas de particulares, o que faz com que milhares de casos sejam decididos a cada ano. Cf. HEYNS, Christof *et al.* - *Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização*, in «Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos», n° 4, ano 3, 2006, p. 160 ss.

¹⁰³ Os factos deste caso resumem-se aos seguintes: o queixoso, cidadão da ilha de São Cristóvão, havia sido condenado a seis anos de prisão no Reino Unido por tráfico de cocaína, no decurso dos quais veio a descobrir que tinha contraído sida. Foi emitida uma ordem de deportação, a ser executada após o cumprimento da sua pena, ordem esta que o queixoso veio contestar, por considerar que constituía uma violação do artigo 3º da CEDH. Para tanto, alegou que não usufruiria em São Cristóvão do tratamento que lhe era dado no Reino Unido e que, por conseguinte, a sua esperança e qualidade de vida seriam drasticamente diminuídas. O TEDH, embora reiterando que, em princípio, os reclusos de um Estado membro não possam requerer a anulação da ordem de deportação em ordem a usufruírem de qualquer tipo de assistência, considerou que o caso concreto que se lhe apresentava era excecional e que a deportação para São Cristóvão constituiria uma violação do artigo 3º da CEDH, uma vez que implicaria a diminuição da esperança de vida do queixoso e que a falta de medicação o sujeitaria a um sofrimento atroz.

tratamentos degradantes ou desumanos (artigo 3º da CEDH),¹⁰⁴ da defesa do direito à liberdade e à segurança (artigo 5º)¹⁰⁵ ou do direito à vida privada e familiar (artigo 8º),¹⁰⁶ entre outros.

Em segundo lugar, o direito à saúde está consagrado num outro instrumento regional, elaborado no seio do Conselho da Europa – a Carta Social Europeia, de 1961 e revista em 1996, ratificada por trinta e um Estados, entre os quais Portugal. Esta carta vem consagrar os direitos económicos, sociais e culturais que não foram contemplados pela CEDH. No entanto, o mecanismo de controlo da aplicação efetiva dos direitos aí consignados é muito diferente do estabelecido na CEDH. Com efeito, o artigo C da Carta Social Europeia revista remete para o mecanismo previsto na carta original (artigos 21º e seguintes), que se resume à apresentação de relatórios bienais pelas partes contratantes a um Comité de Peritos que, após a sua análise, deverá emitir as recomendações necessárias. Como se depreende, não existe nenhum tribunal adequado a aferir do cumprimento dos Estados nem a possibilidade de se obter decisões vinculativas.

Ainda assim, valerá a pena analisarmos o conteúdo do artigo 11º da Carta Social Europeia revista^{107 108}, relativo ao direito à proteção da

¹⁰⁴ *Vd.*, além do caso referido, os casos *Rupa v. Roménia*, de 16.12.2008 e *Keenan v. Reino Unido*, de 03.04.2001. Em ambos os casos, o TEDH considerou existir violação do artigo 3º pela falta ou insuficiência de cuidados médicos após a detenção dos reclusos.

¹⁰⁵ *Vd.*, por exemplo, o caso *Aerts v. Bélgica*, de 30.07.1998, que nos relata a detenção de um recluso na ala psiquiátrica de uma prisão normal, em vez do reencaminhamento para o centro de proteção social adequado, tal como recomendado pelos técnicos de saúde mental. O TEDH considerou existir, neste caso, uma violação do artigo 5º da CEDH, com fundamento na inadequação da ala psiquiátrica da prisão como local de reclusão para pessoas mentalmente alienadas.

¹⁰⁶ Ao abrigo desta norma, e atentando ao tema que nos propomos tratar, destacam-se os vários casos de esterilização forçada que se colocaram perante o TEDH. Tome-se como exemplo o caso *I.G., M.K. e R.H. v. Eslováquia*, no qual três mulheres de origem cigana alegam que foram esterilizadas, sem o seu conhecimento nem consentimento, no decurso de operações cesarianas. Em consequência, além dos danos causados pela impossibilidade de virem a ter filhos e pelos problemas de saúde decorrentes da esterilização, as queixosas afirmaram ainda ter perdido o estatuto que detinham dentro da sua comunidade.

¹⁰⁷ «Artigo 11.º - Direito à proteção da saúde

Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à proteção da saúde, as Partes comprometem-se a tomar, quer diretamente, quer em cooperação com as organizações públicas e privadas, medidas apropriadas tendentes, nomeadamente:

A eliminar, na medida do possível, as causas de uma saúde deficiente;

saúde. Este é um artigo formulado do ponto de vista das obrigações do Estado no âmbito da proteção da saúde e incide em três áreas: o controlo das causas das doenças, a educação para a saúde e a prevenção de doenças contagiosas e de acidentes. O seu conteúdo é bastante geral, exigindo a elaboração de medidas concretas para atingir os objetivos propostos.

A nosso ver, o nível de tutela efetiva dos direitos económicos, sociais e culturais no domínio regional é menos elevado do que o controlo que alcança a proteção dos direitos civis e políticos. O desejável será que, com uma mais ampla consciência da essencialidade destes direitos e a sua progressiva aplicação, eles venham a ser objeto de um crescente nível de proteção também ao nível regional e até internacional.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar que o Conselho da Europa tem tido um papel frequentemente pioneiro no tratamento de questões relacionadas com a área da saúde e da biomedicina, tais como os direitos dos doentes, os transplantes e transfusões de sangue, a genética ou a clonagem, elaborando recomendações, resoluções e convenções, entre as quais se destaca a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomédica, também designada Convenção de Oviedo.¹⁰⁹

A União Europeia é também um importante centro de promoção e proteção dos direitos humanos, afirmando-se atualmente como uma original comunidade de direito, com preocupações económicas, mas também sociais e culturais, em que se atribui um destaque crescente às questões de direitos humanos.

Efetivamente, o cidadão europeu é, cada vez mais, o destinatário das políticas desenvolvidas e prosseguidas pela UE. Fruto da evolução desta comunidade é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

A estabelecer serviços de consulta e de educação no que respeita à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido da responsabilidade individual em matéria de saúde;

A prevenir, na medida do possível, as doenças epidémicas, endémicas e outras, assim como os acidentes».

¹⁰⁸ Este é o artigo dedicado especificamente ao direito à saúde, mas também é de realçar o artigo 13º da Carta Social Europeia revista, que estabelece um direito à assistência social e médica.

¹⁰⁹ Sobre o caráter fundante deste documento, leia-se PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado...*, pp. 81-88.

elaborada e proclamada à margem do Conselho Europeu de Nice, mas não incorporada no Tratado daí resultante,¹¹⁰ vindo apenas a adquirir valor jurídico com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009.

Não é este o local adequado à descrição da história dos direitos humanos na UE, mas sempre poderemos sublinhar que não foi apenas com a chegada a CDFUE que os direitos humanos chegaram às comunidades. Pelo contrário, trata-se do culminar de um longo processo, em que se destaca sobretudo o papel da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.¹¹¹

Com efeito, inicialmente a saúde não era uma questão premente na agenda europeia, tanto mais que os Tratados originários não se pronunciaram sobre esta questão. Apesar de sempre ter existido alguma preocupação com a segurança alimentar e a qualidade dos medicamentos – que encontrava o seu fundamento e objetivo na proteção da saúde – foi só a partir da entrada em vigor do Tratado de Maastricht que se assumiu a proteção da saúde – em especial a saúde pública – como um objetivo autónomo da UE. Entendeu-se que tal preocupação deveria estar sempre presente na definição e prossecução das políticas comunitárias, transformando-se, portanto, num objetivo horizontal da UE, o que foi reforçado com a crise da doença BSE.

Embora, a competência na definição de políticas de saúde cabe, em primeira linha, aos Estados membros e apenas subsidiariamente à EU¹¹²,

¹¹⁰ Cf. LENAERTS, Koen/ NUFFEL, Piet Van – *Constitutional Law of the European Union*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, p. 65.

¹¹¹ Sobre este tema, *vd.*, entre outros, QUADROS, Fausto de – *op. cit.*, p. 127-142; MILLER, Vaughne – *Human Rights in the EU: the Charter of Fundamental Rights*, in House of Commons Library [em linha], [consult. 2011-02-07]. Disponível na [www:](http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2000/rp00-032.pdf) <URL: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2000/rp00-032.pdf>>.

¹¹² JARDIM, Sara Vera - *Saúde Pública Made in União Europeia* in “Lex Medicinæ”, Coimbra, Ano 6, nº 11, 2009, p. 67-93. É de salientar, ainda, a redação do artigo 168º do TFUE, que reforça a subsidiariedade da UE em relação aos Estados membros, através da adição do nº 7 ao anterior artigo 152º do TCE. Contudo, apesar da afirmação da subsidiariedade, há zonas cinzentas que geram tensões, de que é exemplo a questão, ainda longe de ser resolvida, da relação entre a livre circulação de mercadorias e prestação de serviços – entre os quais os serviços médicos – e a competência estadual para a organização e prestação desses mesmos serviços. Sobre esta questão, veja-se PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Um Direito da Saúde para a Europa?*, in *Debater a Europa* [em linha], [consult. 2011-07-23]. Disponível na [www:](http://europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n2-3/andr%C3%A9.pdf) <URL: <http://europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n2-3/andr%C3%A9.pdf>>, p. 33 ss.

sempre terá de ser respeitado o direito fundamental dos cidadãos europeus à proteção da saúde, consagrado no artigo 35º da CDFUE.¹¹³

Este artigo é formulado com uma intenção universal, reconhecendo-se a titularidade do direito à saúde não apenas aos cidadãos europeus, mas a todos os seres humanos. São aí previstas duas situações em matéria de saúde: a prevenção e os cuidados médicos. No entanto, há que proceder a uma interpretação deste articulado que seja conforme às práticas e ao entendimento dos cuidados devidos, no âmbito do nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, cremos que os cuidados médicos incluem tanto o tratamento das doenças e a reabilitação, como os cuidados paliativos.¹¹⁴

Seguindo a linha do respeito pela soberania dos Estados na organização dos cuidados de saúde a nível nacional, o artigo limita este direito ao que é legal e comumente estabelecido ao nível nacional. Todavia, acrescenta que a proteção da saúde é uma preocupação constante e que trespassa todas as políticas e ações da UE, estabelecendo um padrão elevado de proteção da saúde na condução das suas políticas.

Em suma, o continente europeu possui já vários instrumentos para a defesa e a garantia dos direitos humanos, entre os quais se reconhece o direito à proteção da saúde.

Contudo, não é apenas na Europa que a saúde é juridicamente reconhecida e tutelada enquanto bem jurídico fundamental. Também na América nós encontramos um sistema regional de proteção dos direitos humanos, que surge no âmbito da Organização dos Estados Americanos e que conta, atualmente, com trinta e cinco Estados membros. Este sistema regional baseia-se, sobretudo, na Convenção Americana sobre os

¹¹³ «Artigo 35º CDFUE - Proteção da saúde:

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana».

¹¹⁴ Com efeito, o artigo 64º, nº 3, alínea a) da CRP dispõe que incumbe ao Estado «garantir o acesso de todos os cidadãos [...] aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação». Não estão aqui contemplados os cuidados paliativos. Porém, desde há muito se reconhece o contributo essencial destes cuidados para uma assistência de saúde com a qualidade devida a quem é mais vulnerável, o que é patente no nº 3 da Carta dos Direitos do Doente Internado, documento emitido pelo Ministério da Saúde.

Direitos Humanos,¹¹⁵ que data de 1969, e no seu Protocolo Adicional,¹¹⁶ de 1999. É neste Protocolo que vamos encontrar a instituição de um direito à saúde, mais precisamente no artigo 10º.¹¹⁷ À semelhança do que sucede noutros preceitos já analisados, este enunciado proclama, no seu nº 1, o direito universal à proteção da saúde, especificando que tal consiste no nível mais elevado de bem-estar físico, mental e social de que possa usufruir. Já o nº 2 estabelece as obrigações que impendem sobre o Estado para a concretização de tal direito, nomeadamente a garantia de cuidados de saúde, com especial enfoque nos cuidados de saúde primários e na educação para a saúde.

Relativamente ao mecanismo de controlo do cumprimento das obrigações estabelecidas, por parte dos Estados signatários, importará referir que se baseia, por um lado, na atuação da Comissão de Direitos Humanos, que emergiu do capítulo VII da CADH e à qual foi atribuída competência para a elaboração de relatórios, recomendações e resoluções e, por outro, na atividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida pelo capítulo VII da Carta supra referida e que tem por função interpretar a Convenção e decidir contendas, mas apenas se for chamado a intervir pelos Estados parte ou pela Comissão (artigo 61º da

¹¹⁵ Esta Convenção foi ratificada por vinte e cinco países, No entanto, a 26 de maio de 1998, Trindade e Tobago – um dos Estados que a haviam ratificado – apresentou a denúncia da mesma.

¹¹⁶ Este Protocolo, também conhecido como Protocolo de São Salvador, obteve quinze ratificações.

¹¹⁷ «Artículo 10 - Derecho a la Salud

Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adotar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables».

CADH), não sendo admissível o recurso direto de indivíduos ou grupos de indivíduos a este Tribunal.¹¹⁸

A convergência da consagração regional dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais num mesmo documento acontece em África. O sistema de defesa dos direitos humanos africano assenta, principalmente, na União Africana, criada em 2002, que veio substituir a antiga Organização da Unidade Africana,¹¹⁹ no seio da qual foi elaborada a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, cuja entrada em vigor data de 1986.

O artigo 16º da CADHP, no seu nº1 estabelece, em traços muito gerais, o direito à saúde, enquanto melhor estado de saúde física e mental que esteja ao alcance da pessoa, e o nº 2, tal como sucede na CADH, refere-se às obrigações do Estado decorrentes desse direito.¹²⁰

Para proceder ao controlo e garantia dos direitos consagrados na CADHP, estabeleceu-se uma Comissão, denominada Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, que tem várias funções de promoção dos direitos humanos, nomeadamente a elaboração de estudos, a organização de informação, a elaboração de princípios e regras que venham a ser a base de instrumentos internacionais e a cooperação com instituições de defesa dos direitos humanos.

Além destas tarefas, a Comissão poderá receber queixas de Estados partes da CADHP, que darão início a um inquérito para averiguar da veracidade ou falsidade das mesmas. Este processo termina com a elaboração de um relatório pela Comissão e uma recomendação em

¹¹⁸ Com efeito, os indivíduos ou grupos de indivíduos só podem apresentar queixas perante a Comissão de Direitos Humanos que decidirá ou não o reencaminhamento dos casos para o Tribunal.

¹¹⁹ A OUA foi criada em 1963, na Etiópia, com o principal objetivo de terminar com a colonização e o *apartheid*, fazendo dos Estados africanos um espaço de unidade e de solidariedade. No entanto, à medida que estes objetivos se foram concretizando e que a descolonização se concluiu, os chefes de Estado e de governo de vários países da África decidiram criar uma nova organização internacional de âmbito regional, que substituisse a OUA e que acelerasse o processo de integração económica e política dos povos africanos. Esta nova organização é a União Africana, a funcionar desde 2002.

¹²⁰ «Artigo 16.º da CADPH

Toda a pessoa tem direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir.

Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a tomar as medidas necessárias para proteger a saúde das suas populações e para lhes assegurar assistência médica em caso de doença».

conformidade com as conclusões.¹²¹ Em 1998, alguns Estados membros da CADHP consideraram ser necessário um organismo que viesse complementar a atuação da Comissão, cujas decisões fossem vinculativas. Nasce deste modo, o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, através de um Protocolo à CADHP, que foi ratificado por vinte e cinco Estados da UA. Têm acesso a este Tribunal, de acordo com o artigo 5º do referido Protocolo, a Comissão, os Estados partes que apresentem queixa, os Estados partes contra quem a queixa é apresentada, os Estados parte cujo cidadão é vítima de violação de direitos humanos, a Organização Intergovernamental Africana, os Estados que tenham interesse no caso *sub iudice* e ainda ONG's e indivíduos, desde que o Estado parte de onde são oriundos tenha emitido uma declaração admitindo o seu recurso ao Tribunal.¹²²

Estão, pois, brevemente apresentados os sistemas que estabelecem um direito à proteção da saúde de âmbito regional. Com esta descrição, pretendemos demonstrar a existência de padrões regionais em matéria de direitos humanos. Não ignoramos, todavia, a existência de numerosas organizações, tanto de âmbito regional, como internacional, que se empenham na melhoria das condições de saúde e em alcançar os melhores níveis possíveis de bem-estar, entre as quais se destaca a OMS. Por fim, resta dizer que não existe na Ásia qualquer sistema de proteção regional dos direitos humanos.

No entanto, como se adivinha, não é apenas no plano internacional e regional que está consagrado o direito à proteção da saúde, mas ainda ao nível dos ordenamentos jurídicos internos, que são fundamentais para a sua efetiva concretização.

Devido à evolução histórica dos direitos humanos e à forma como o mundo se tem vindo a modificar ao nível das relações internacionais desde a época das revoluções liberais e, sobretudo, a partir do segundo

¹²¹ *Vd.* artigos 45º e ss. da CADHP.

¹²² Veja-se o artigo 5º, nº 3 do Protocolo, que remete para o artigo 36º do mesmo documento. Dos vinte e cinco países que ratificaram o Protocolo, só cinco emitiram tal declaração. São eles: o Burkina Faso (1998), o Malawi (2008), o Mali (2010), a Tanzânia (2010) e o Gana (2011).

pós-guerra, não é surpreendente que encontremos uma multiformidade de disposições internas relativas aos direitos humanos,¹²³ e mais particularmente no que se refere ao direito à saúde. Com efeito, se há Estados cuja lei fundamental é já centenária, como é o caso de Inglaterra, onde grande parte da Constituição nem sequer é escrita,¹²⁴ outros viram a sua constituição surgir recentemente, fruto de conquistas democráticas – como sucedeu em Portugal. Esta diversidade reflete-se ao nível da própria consagração de direitos.¹²⁵ É que também o mundo jurídico tem uma história, pelo que as perspetivas e considerações que aí encontramos vão-se alterando com o transcorrer dos séculos e das civilizações, sendo tal evolução patente no campo dos direitos humanos.¹²⁶

¹²³ Para uma breve resenha histórica da evolução dos direitos humanos e do seu reflexo na consagração interna dos direitos fundamentais, principalmente no que respeita aos direitos sociais, *vd.* NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 65-75.

¹²⁴ *Cf.* MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

¹²⁵ Note-se que, de todas as Constituições que estavam em vigor antes da segunda guerra mundial, apenas vinte e uma mantêm a sua vigência (*cf.* KINNEY, Eleanor D. – *The International Human Right to Health in Domestic Constitutional and Statutory Law* in “Law and Ethics in Rationing Access to Care in a High-Cost Global Economy”, org. MARINER, Wendy K./ FARIA, Paula Lobato de, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública/Universidade Nova de Lisboa/School of Public Law/Boston University, 2008, p. 175).

¹²⁶ Com efeito, nem sempre se falou em direitos humanos, e muito menos da forma como o fazemos hoje em dia. Os direitos humanos foram uma descoberta e uma construção recente, como já tivemos oportunidade de explicar. No entanto, houve uma questão que evitamos até agora e que resolvemos não tratar neste trabalho porque, embora com dúvidas, consideramos que foge ao escopo do mesmo: é a questão da divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos de participação e direitos sociais (*cf.* ANDRADE, José Carlos Vieira de – *op. cit.*, p. 51-62) ou entre direitos de liberdade e direitos económicos, sociais e culturais (distinção esta que encontra o seu eco na adoção de dois documentos diferenciados a nível internacional – o PIDCP e o PIDESC), ou, ainda, entre direitos de primeira, segunda e terceira geração, como refere VASAK, Karel – *op. cit.*, p. 29. e BOBBIO, Norberto – *L’età dei diritti*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1992, p. 17-65. Todas estas distinções tradicionais revelam-se muitas vezes artificiais e tendem a classificar os direitos humanos e fundamentais de acordo com categorias que muito raramente se lhes podem aplicar na totalidade (*vd.* GRODIN, Michael A. – *The Human Right to Health*, in “Law and Ethics in Rationing Access to Care in a High-Cost Global Economy”, org. MARINER, Wendy K./FARIA, Paula Lobato de, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública/Universidade Nova de Lisboa/School of Public Law/Boston University, 2008, p. 155). Na verdade, como explica NOVAIS, Jorge Reis – *op. cit.*, há que construir uma dogmática unitária dos direitos fundamentais, porque todos eles comportam diferentes dimensões que não se enquadram nas mesmas categorias. Assim, por exemplo, no que respeita ao direito à saúde, vemos que se grande parte do seu conteúdo se traduz em direitos a prestações (por exemplo, o direito a um determinado cuidado médico), também lá se inclui o direito a uma não interferência do Estado no acesso a esses mesmos cuidados quando

Além da variável histórica, também devemos tomar em consideração que as culturas e as carências mudam com a geografia. Facilmente se compreende que as preocupações com a saúde não sejam as mesmas em Moçambique e no Canadá, onde as necessidades de saúde são, no mínimo, díspares.¹²⁷ Por outro lado, as diferenças que se percebem entre os vários Estados ao nível da política e das ideologias dominantes refletem-se, ainda, nas diversas formas de estruturar respetivo o sistema de saúde.¹²⁸ Destarte, os direitos subjetivos com relação à saúde que são atribuídos a cada indivíduo variam bastante entre Estados.

Focar-nos-emos apenas em alguns aspetos da consagração constitucional do direito à saúde. Primeiramente, afigura-se pertinente notar que nem todos os Estados dispõem de tal disposição constitucional, embora isso não signifique uma menor importância efetivamente dada ao direito à saúde, que pode ser protegido através de legislação ordinária. É o caso da Alemanha e dos Estados Unidos da América.

eles são suportados pelo próprio beneficiário. O essencial é compreender que os direitos fundamentais raramente são invocados na sua totalidade, mas sim em dimensões muito particulares e distintas, que não podem ser catalogadas *a priori*, simplesmente com base na natureza dos bens protegidos (assim, conforme nos indica *idem, ibidem*, p. 34-35, o direito à saúde traduz-se, por exemplo, em situações de exigência individual de uma prestação de certo e determinado cuidado médico não legalmente assegurado no SNS, de um aumento de taxas moderadoras ou de uma lei tributária que elimina benefícios fiscais no domínio das despesas de saúde). Para que os direitos sociais sejam reconhecidos como direitos fundamentais, é necessário ter presente que eles não são direitos de segunda categoria, meramente programáticos e, portanto, completamente dependentes do poder político, mas que transportam nas suas dimensões principais, porque sujeitas à reserva do financeiramente possível, um problema que se reconduz, na verdade, à questão da separação dos poderes. Nas palavras de *idem, ibidem*, p. 253: «De facto, em Estado constitucional, o ser direito fundamental com assento constitucional tem, desde logo, e irrecusavelmente, a consequência da vinculação jurídica dos poderes constituídos à norma constitucional, mas o tipo de vinculação, de subordinação, de efetividade, de instância e alcance do controlo da vinculação, podem, ou até devem, ser muito diversos. Essa é, de facto, a discussão que aqui desenvolvemos e que, entre nós, importa prosseguir».

¹²⁷ Bastará comparar as estatísticas disponíveis no site da OMS sobre a saúde nestes dois países para rapidamente se chegar a tal conclusão. A título de exemplo, repare-se que a principal causa de mortalidade infantil em Moçambique é a malária, que no Canadá é inexistente e que a prevalência da tuberculose é de 6‰ neste país, mas ascende aos 323‰ naquele. *Vd.* os perfis de saúde de Moçambique e do Canadá, disponíveis, respetivamente em <http://www.who.int/gho/countries/moz.pdf> e <http://www.who.int/gho/countries/can.pdf>

¹²⁸ ÖZDEN, Melik – Le droit à la santé: un droit humain fondamental stipulé par l'ONU et reconnu par des traités régionaux et de nombreuses constitutions nationales, in CETIM: Centre Europe Tiers Monde [em linha], [consult. 14-04-2011]. Disponível na www: <URL: <http://www.cetim.ch/fr/documents/bro4-sante-A4-fr.pdf>>, p. 28.

Em segundo lugar, há alguns Estados que se limitam a proclamar constitucionalmente o direito à saúde, em termos universais, mas que não especificam na sua Constituição quaisquer deveres concretos do Estados com vista à sua realização, nem condições da sua efetivação. São exemplos desta situação, entre outros, a Bélgica,¹²⁹ a Itália,¹³⁰ a Croácia¹³¹ e a Estónia.¹³²

No entanto, a grande maioria dos Estados dá claras indicações a nível constitucional das obrigações que lhes competem, nomeadamente através da criação de um serviço nacional ou único de saúde,¹³³ do estabelecimento de programas de saúde, seguros de saúde ou instituições públicas de prestação de cuidados de saúde.¹³⁴ Muitos países entendem também que os cuidados de saúde – ou, pelo menos, alguns deles – devem ser proporcionados à população de forma gratuita.¹³⁵

Também é interessante notar que é muito comum a associação do bem jurídico que é a saúde com outros dois bens jurídicos, ao nível constitucional. Referimo-nos ao desporto e ao ambiente, este último no sentido do direito a viver num ambiente que seja saudável. Com efeito,

¹²⁹ Vd. artigo 23º da Constituição do Reino da Bélgica.

¹³⁰ Vd. artigo 32º da Constituição da República Italiana.

¹³¹ Vd. artigo 58º da Constituição da República da Croácia.

¹³² Vd. artigo 28º da Constituição da República da Estónia.

¹³³ É o caso, entre outros, de Portugal (artigo 64º n.º 2-a) da Constituição da República Portuguesa), de Angola (artigo 77º n.º 2-a) da Constituição da República de Angola), do Brasil (artigo 198º da Constituição da República Federal do Brasil), de Cabo Verde (artigo 71º da Constituição da República de Cabo Verde), de Moçambique (artigo 116º da Constituição da República de Moçambique), de S. Tomé e Príncipe (artigo 49º n.º 2 da República de S. Tomé e Príncipe), de Timor-Leste (artigo 57º n.º 2 da Constituição da República de Timor-Leste), da Bolívia (artigo 18º da Constituição da República da Bolívia) e da Coreia do Norte (artigo 56º da Constituição da República Popular Democrática da Coreia).

¹³⁴ Veja-se, por exemplo, as Constituições da República da Arménia (artigo 48º n.º 4), da República do Azerbaijão (artigo 41º), da República da Geórgia (artigo 37º n.º 1), da República da Hungria (artigo 70D), da República do Quirguistão (artigo 47º n.º 2), da República da Polónia (artigo 68º n.º 2), da República da Roménia (artigo 34º), da Federação Russa (artigo 41º), da República da Sérvia (artigo 68º), da República de Cuba (artigo 50º), da República dos Estados Unidos Mexicanos (artigo 4º), da República do Haiti (artigos 19º e 23º), da República Popular da China (artigos 21º e 41º) e da República Socialista do Vietname (artigo 39º).

¹³⁵ Atente-se, *e. g.*, ao estabelecido nas Constituições da República da Bielorrússia (artigo 45º), da República Checa (artigo 31º), da República da Lituânia (artigo 53º), da República da Moldávia (artigo 36º) e da República Eslovaca (artigo 40º). Há ainda países cujas constituições estabelecem a gratuitidade de serviços de saúde, mas apenas para segmentos específicos da população. É o caso da República de Montenegro, cuja Constituição, no seu artigo 69º, dirige os cuidados gratuitos às crianças, grávidas, idosos e deficientes.

várias são as Constituições que, no mesmo artigo protetor da saúde, a associam ao desporto, atribuindo ao Estado a tarefa da sua promoção. Assim sucede, entre outros, em Portugal,¹³⁶ em Espanha,¹³⁷ na Hungria,¹³⁸ na Lituânia,¹³⁹ na Polónia,¹⁴⁰ na Rússia,¹⁴¹ na Sérvia,¹⁴² na Turquia,¹⁴³ na China¹⁴⁴ e no Laos.¹⁴⁵

Além da consagração constitucional de um direito à saúde, há Estados que o correlacionam com um dever das pessoas em geral – e não apenas do Estado – de proteger a saúde, sua e dos outros. Não deixa de ser curioso que encontremos tal dever em quase todos os países de língua oficial portuguesa¹⁴⁶ e ainda na Mongólia,¹⁴⁷ no Ruanda¹⁴⁸ e na Macedónia.¹⁴⁹

No entanto, e deixando de lado outras possíveis observações,¹⁵⁰ cremos que o aspeto mais interessante ao nível comparatístico, é a referência a problemas muito concretos que patentemente afetam as sociedades políticas que detêm tais leis fundamentais. É neste aspeto que se torna visível a grande variedade de realidades presentes no mundo, de que damos conta ed seguida.

¹³⁶ Artigo 64º n° 2, al. b) da Constituição da República Portuguesa.

¹³⁷ Artigo 43º n° 3 da Constituição do Reino da Espanha.

¹³⁸ Artigo 70D da Constituição da República da Hungria.

¹³⁹ Artigo 53º da Constituição da República da Lituânia.

¹⁴⁰ Artigo 68º n° 5 da Constituição da República da Polónia.

¹⁴¹ Artigo 41º n° 2 da Constituição da Federação Russa.

¹⁴² Artigo 68º da Constituição da República da Sérvia.

¹⁴³ Artigo 59º da Constituição da República da Turquia, onde se faz até referência ao dever do Estado de proteger os atletas de sucesso.

¹⁴⁴ Artigo 21º da Constituição da República Popular da China.

¹⁴⁵ Artigo 20º da Constituição da República Democrática Popular do Laos.

¹⁴⁶ *Vd.* Constituições da República Portuguesa (artigo 64º n° 1), da República Federal do Brasil (artigo 196º), da República de Cabo Verde (artigo 71º n° 1 e 85º), da República de Moçambique (artigo 45º, al. e) e 89º), da República de S. Tomé e Príncipe (artigo 49º n° 1) e da República de Timor-Leste (artigo 57º n° 1).

¹⁴⁷ Artigo 17º da Constituição da Mongólia, que refere o «dever sagrado» do cidadão de proteger a sua própria saúde.

¹⁴⁸ Artigo 41º da Constituição da República do Ruanda.

¹⁴⁹ Artigo 39º da Constituição da Antiga República Jugoslava da Macedónia.

¹⁵⁰ Nomeadamente, a análise de preceitos constitucionais que consagram um direito à saúde desprovido de universalidade, a referência à educação para a saúde, a sujeição de tratamentos compulsórios a reserva de lei, a aceitação e promoção da medicina complementar e tradicional e a sua inclusão na rede de prestações estaduais e as disposições especiais para grupos vulneráveis, como as crianças, as mulheres, os jovens e os idosos.

Em Portugal, o artigo 64º nº 3, al. f) da Constituição da República Portuguesa refere explicitamente ser uma tarefa do Estado «estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência». Portanto, o problema da toxicodependência é um problema que afeta necessariamente a sociedade portuguesa. Não significa que seja o único, mas podemos inferir que é de tal forma relevante que influenciou o legislador constituinte e o motivou a referir-se-lhe especificamente.

No Principado de Liechtenstein encontramos uma disposição semelhante, mas desta feita dirige-se ao problema do alcoolismo.¹⁵¹

Já na Suíça, existe uma referência constitucional a vários problemas sobre os quais caberá ao Estado legislar, entre os quais se destaca a radiação ionizante (artigo 118º nº 2, al. c) da Constituição da Confederação Suíça).

No entanto, se olharmos para os preceitos constitucionais de países como a Índia, a República Dominicana, a África do Sul, Angola ou as Filipinas percebemos que as preocupações se centram em questões básicas de saúde, como a generalização dos cuidados de saúde primários,¹⁵² o acesso a água potável¹⁵³ ou o incremento dos níveis de nutrição.¹⁵⁴

Em suma, a saúde é um bem de extrema importância, assim reconhecido atualmente a nível internacional, regional e nacional. Normalmente, fala-se de um direito humano universal à saúde, no sentido de serem dele titulares todos os seres humanos, pelo simples facto de o serem.¹⁵⁵ Esta afirmação sustenta-se na íntima relação entre o

¹⁵¹ Artigo 18º da Constituição do Principado de Liechtenstein.

¹⁵² Cf. Artigo 21º da Constituição da República de Angola.

¹⁵³ Cf. Artigo 61º nº1 da Constituição da República Dominicana e o artigo 27º nº 1, al. b) da Constituição da República da África do Sul.

¹⁵⁴ Cf. Artigo 47º da Constituição da República da Índia, artigo 61º, nº 1 Constituição da República Dominicana e artigo XIII, secção 12, da Constituição da República das Filipinas.

¹⁵⁵ Porém, nem sempre assim sucede. Com efeito, existem Estados onde o direito à saúde é apenas reconhecido aos próprios cidadãos do Estado. Tomemos como exemplo o Cazaquistão (artigo 29º nº 1 da Constituição da República do Cazaquistão), o Iémen (artigo 55º da Constituição da República do Iémen) e o Vietname (artigo 41º da República Socialista do Vietname).

direito à saúde e a dignidade humana, como cremos ter já demonstrado.¹⁵⁶

Não obstante, o direito à saúde não deixa por isso de ser concretizado e moldado pelas circunstâncias de tempo e de lugar, adotando diferentes contornos. Por isso, é possível encontrar particularidades que se tornam mais ou menos relevantes consoante os referentes locais ou temporais que tomemos. Com efeito, se não é difícil, ao nível teórico, falarmos de um direito à saúde, quando nos encontramos no domínio da sua efetivação e aplicação, o mais natural é apercebermo-nos de que é composto por várias dimensões que se traduzem em vários direitos que compõem a categoria mais ampla que é o direito à saúde. Uma dessas dimensões é, precisamente, o tema deste nosso trabalho: a informação. E será dela que nos ocuparemos nos capítulos seguintes.

¹⁵⁶ *Vd. supra*, p. 48 ss.

CAPÍTULO II

DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM SAÚDE

0. Nota prévia

No presente capítulo, pretende-se refletir sobre a importância da informação em saúde e compreender de que forma o interesse que lhe corresponde é protegido pelo nosso ordenamento jurídico.

Tomando sempre como ponto de referência o utente dos serviços de saúde, constatamos que, para que o direito à saúde seja plenamente salvaguardado, não basta atentarmos à relevância da informação para o consentimento informado, no contexto da relação que se estabelece entre cada profissional de saúde, individualmente considerado (médico, enfermeiro, psicólogo, *inter alia*), e o paciente.

Na verdade, muitas vezes os cuidados de saúde vão além dessa relação estrita e fundamental, para passar a incluir também outros indivíduos, que poderão, em certas circunstâncias, assumir um papel essencial no plano terapêutico da pessoa doente, no âmbito do qual serão destinatários de informações sobre o estado de saúde do mesmo.

Por outro lado, também é verdade que os planos terapêuticos definidos exigem frequentemente uma intervenção pluridisciplinar. Nesse contexto, torna-se relevante delimitar o alcance da informação a ser prestada aos vários elementos que integram a equipa prestadora de cuidados de saúde.

Em suma, são várias as relações que se estabelecem em torno e com a pessoa doente. No âmbito destas relações, a informação assume contornos de extrema relevância para a determinação do comportamento devido, uma vez que toda a atuação resulta de uma decisão e nenhuma decisão pode ser seriamente tomada sem que haja informação. Vejamos, então, qual a importância, o conteúdo e o alcance da informação para os vários decisores que potencialmente participam no processo terapêutico.

1. O paciente e a informação de saúde

Qualquer pessoa, em princípio, tem o direito de, face às circunstâncias que a vida lhe apresenta, escolher a alternativa que melhor se adegue às suas crenças e valores. Isto aplica-se também ao campo da saúde, onde frequentemente é necessário tomar decisões, ou seja, escolher. Uma escolha acontece sempre perante cenários possíveis e alternativos, ou seja, que se autoexcluem. Se não existe alternativa, não há decisão.

É patente que na área da saúde é necessário muitas vezes tomar decisões: ir ao médico ou não ir? A que médico ir? Vacinar as crianças ou não vacinar? Optar por esta cirurgia ou por aquela? Preferir uma cirurgia ou um novo medicamento?¹⁵⁷

No entanto, antes de se saber em que sentido decidir, devemos-nos questionar sobre quem detém competência para decidir e quais os requisitos dessa competência. Será o médico, ou a equipa de profissionais de saúde, a decidir? Ou o paciente? Ou ambos? Ou ainda a família do paciente? Qual é o papel da informação na decisão em saúde? Sobre que aspetos concretos da informação de saúde deve o paciente ser informado? Haverá casos em que seja legítima a recusa da transmissão da informação? Eis algumas das questões que cremos serem fundamentais para a compreensão do nosso tema.

¹⁵⁷ Tome-se, como exemplo, o caso das pessoas que sofrem de Polineuropatia Amiloidótica Familiar, mais conhecida como “doença dos pezinhos”, que poderão optar entre um transplante hepático ou a utilização de um medicamento de fabrico recente, o Tafamidis.

1.1. Do modelo paternalista ao modelo da autonomia: os critérios éticos da transmissão da informação ao paciente

Neste ponto, sentimo-nos impelidos a convocar os diferentes modelos de relação médico-paciente, que apontam os critérios pelos quais se pautam as atitudes dos vários profissionais intervenientes do processo terapêutico.¹⁵⁸ Note-se que todos os modelos de relação clínica convergem na eleição do bem do doente como principal objetivo da atuação profissional em saúde. As divergências encontram-se antes na determinação desse bem e no entendimento sobre quem tem a última palavra na sua configuração.

Durante vários séculos imperou um modelo paternalista nas relações entre o médico e o doente. Na verdade, já Hipócrates entendia que o principal objetivo médico era promover o bem do enfermo, obtendo se possível a sua cooperação, à qual não era, contudo, reconhecida um cariz essencial.¹⁵⁹ Segundo o modelo paternalista, é ao médico que cabe a decisão sobre o que é o bem do paciente. Com efeito, entende-se que o médico, pela sua formação e experiência, é quem possui os conhecimentos que permitem discernir o melhor interesse daquele. O fundamento desta teoria encontra-se na consideração de que se um paciente procura um médico é porque, automaticamente, lhe confia todas as decisões, pois ao colocar-se nas suas mãos reconhece neste profissional de saúde a pessoa capaz de prover pelo seu interesse.¹⁶⁰

¹⁵⁸ A relação que se estabelece entre o médico e o paciente é a mais documentada e é a que, comumente, é apresentada como paradigma das relações de saúde. No entanto, cremos que cada um dos restantes profissionais de saúde tem uma autonomia e competências específicas no âmbito do processo terapêutico que não devem ser desprezadas. Não obstante, no que se refere aos princípios fundamentais que devem orientar as relações com os destinatários dos cuidados de saúde, parece-nos que estes modelos se aplicam indistintamente a todos os profissionais de saúde, porque radicam não na especificidade das suas competências, mas na consideração do indivíduo doente.

¹⁵⁹ HIPPOCRATES, *op. cit.*, localização 14: «Life is short, and Art long; the crisis fleeting; experience perilous, and decision difficult. The physician must not only be prepared to do what is right himself, but also to make the patient, the attendants, and externals cooperate».

¹⁶⁰ Como veremos, este paradigma irá alterar-se. No entanto, existem ainda resquícios na nossa jurisprudência recente desta mentalidade. É o caso do acórdão do STJ, de 18 de fevereiro de 2010, onde se pode ler: «[...] alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele,

Neste sentido, o critério do médico substitui-se ao critério do paciente, em todas as situações.¹⁶¹

Significa isto que o bem do paciente é aferido e definido pelo médico, que tenderá, pela sua formação e experiência, a identificar tal bem com o restabelecimento ou melhoria das condições de saúde do paciente, ou seja, restringe o bem do paciente àquele que é o seu melhor interesse do estrito ponto de vista da medicina. Deste modo, o bem do paciente será seguir o plano terapêutico que, no entender do médico, é o que melhor se adequa à resolução do seu problema de saúde.

No entanto, o busílis da questão evidencia-se no facto de as aspirações e convicções mais profundas do paciente, ou seja, o seu projeto de vida, poderem não coincidir com esta perspetiva médica. Assim sendo, no paradigma paternalista, o médico tenderia a assumir uma atitude de tudo fazer para que o paciente seguisse o plano terapêutico previamente delineado. Neste “tudo fazer” incluir-se-ia a ocultação de informações sobre o seu estado de saúde ou sobre os riscos inerentes ao plano terapêutico aconselhado pelo médico, com o intuito de manipular a decisão do doente.

Hoje em dia, o modelo paternalista está ultrapassado. Com efeito, se este foi o modelo que vigorou sobretudo desde o século XIX até à segunda guerra mundial, deixou de ser aceite após o término daquela. Também neste campo, os horrores da guerra foram estímulo para uma nova forma, mais humanista, de encarar a relação médico-paciente, que se tornou paulatinamente o paradigma de toda a relação profissional estabelecida com o doente.

Alguns autores defendem que, até ao século XIX, a relação entre o médico e o doente era muito diferente das representações que hoje temos dessa mesma relação, uma vez que o leque de respostas que a medicina

exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha». Trata-se de uma conclusão, a nosso ver, inaceitável, uma vez que, do exercício de um direito (liberdade de escolha no médico), o Tribunal conclui – *rectius*, presume – um consentimento da limitação de outro (direito a ser informado).

¹⁶¹ CORTÉS, Julio César Galán - *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2001, p. 47.

oferecia às situações de doença era reduzido e, por isso, também o tipo de intervenções consideradas adequadas estavam longe de ser agressivas ou invasivas.¹⁶² Ainda assim, procurava-se sempre o consentimento do paciente para as terapêuticas a adotar. Contudo, esta atitude visava mais a comodidade do médico e o sucesso do tratamento do que o respeito pela liberdade do paciente.

No século XIX, o paternalismo médico agudizou-se, mercê das novas descobertas científicas que davam a impressão de tudo poder curar e que conferiam ao médico um poder que antes nunca tivera. Agora sim, os médicos sabiam mais, mas nem por isso consideravam pertinente partilhar esse saber com os pacientes, muito menos quando tal comunicação pudesse colocar em risco o plano até ali traçado ou, no limite, levasse à recusa do paciente em submeter-se a tratamentos inovadores e potencialmente mais perigosos do que os até ali praticados, como as modernas cirurgias ou os novos medicamentos.

O mundo só começou a acordar do sonho dos novos e admiráveis avanços científicos com o pesadelo da grande guerra, que descobriu em grandes vultos da ciência de então o caráter de criminosos de guerra. As experiências a que foram submetidos milhares de seres humanos ainda hoje povoam o subconsciente coletivo do mundo atual, desvanecendo-se

¹⁶² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado...*, pp. 24-30. Sendo certo que as intervenções mais invasivas, como as cirurgias, só começaram a ser praticadas no século XIX, não podemos deixar de ter algumas reservas em aceitar uma ideia de cuidados de saúde não invasivos, que consistiriam em algumas visitas médicas e muitas mezinhas caseiras. Na verdade, existem relatos de práticas, a nosso ver, bem mais agressivas do que as que são realizadas atualmente, sobretudo se considerarmos que eram feitas sem anestesia. A este respeito, limitamo-nos a transcrever uma passagem de um manual para enfermeiros, cuja primeira publicação data de 1741: «Para se lançarem as sanguessugas no intestino reto, se lavará primeiro a parte com água quente, e tendo cabelo, se lhe rapará muito bem com a navalha. Advertirá o Enfermeiro ao Barbeiro e as que o Médico determinou se lançassem. O enfermo se porá de lado, que é a melhor forma de estar sem se afligir. Junto da cama estará uma bacia com água salgada, para se deitarem as que forem caindo, que nesta água soltam logo o sangue e morrem. Se o Médico determinar que o enfermo não tome banho por estar fraco, se lhe meterá debaixo um lençol para apanhar o sangue, que correr; e se continuar demasiado, lhe porão na parte umas raspas de Cortidor, ou isca de pano novo queimado; e quando isto não baste, se lhe aplicarão umas planxetas de clara de ovo com pós restritivos» (SANT-IAGO, Fr. Diogo de – *Postilla Religiosa, e Arte de Enfermeiros*, Alcalá, Lisboa, 2005, edição *fac-simile*, parágrafos 315-316).

a relação natural de confiança com a classe médica.¹⁶³ A sociedade do pós-guerra sentiu a necessidade de recuperar um olhar ético sobre o mundo e de impor limites à capacidade da ciência. *Nem tudo o que é possível realizar-se deve ser realizado*: esta foi a grande lição que conduziu à mudança definitiva do paradigma das relações em saúde.

Surge então um novo modelo de relação médico-paciente, denominado modelo da autonomia,¹⁶⁴ fruto de uma evolução que ainda não terminou. Após o final da segunda guerra mundial, e em virtude dos julgamentos de Nuremberga, onde a voz das vítimas se fez ouvir e deu a conhecer ao mundo os tratamentos cruéis e desumanos a que foram submetidas milhares de pessoas, surgiu em 1947 o Código de Nuremberga, um conjunto de dez princípios que incorporam atitudes éticas na experimentação em seres humanos.

O primeiro desses princípios estabelece o consentimento voluntário do paciente, ou seja, determina-se que o paciente deve ter a liberdade de escolher participar ou não na experimentação, o que pressupõe, segundo a própria formulação do princípio, que o paciente tenha acesso ao conhecimento e compreensão suficientes dos riscos e circunstâncias que envolvem todo o processo experimental.

Mais tarde, em 1964, a Associação Médica Mundial¹⁶⁵ redigiu também um conjunto de princípios que deveriam orientar a prática médica no âmbito da pesquisa e experimentação biomédica e que foram proclamados na Declaração de Helsínquia.¹⁶⁶ No que se refere ao direito a ser informado, destaca-se o princípio 24º, que estabelece um largo

¹⁶³ Sobre as experiências médicas levadas a cabo por médicos ao serviço do regime nazi, *vd.* SPITZ, Vivien – *Doctors from Hell: The Horrific Account of Nazi Experiments on Humans*, Colorado, Sentient Publications, 2005.

¹⁶⁴ *Vd.* BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F. – *Principles of Biomedical Ethics*, 5ª ed., Nova Iorque, Oxford University Press, 2001, pp. 57 e ss.

¹⁶⁵ A Associação Médica Mundial foi criada em 1947 e é uma confederação de associações médicas nacionais, que visam a promoção da saúde, melhoria dos cuidados médicos e o desenvolvimento da ética médica, através da partilha e da criação de um fórum internacional que proporcione o diálogo entre médicos de todo o mundo. Colabora ainda com várias organizações internacionais, entre as quais se destaca a OMS. Atualmente, conta com cerca de dez milhões de membros. Para saber mais, *vd.* <http://www.wma.net>.

¹⁶⁶ A Declaração de Helsínquia sofreu seis alterações desde a sua proclamação, a última das quais no ano de 2008.

âmbito de informação a que o sujeito deverá ter acesso antes de prestar o seu consentimento para a participação numa investigação biomédica.¹⁶⁷

No entanto, foi apenas em 1981, com a Declaração de Lisboa, elaborada também no seio da Associação Médica Internacional, que a questão do consentimento e do direito à informação extravasou o âmbito da investigação biomédica para se estender ao próprio tratamento. Assim, o princípio 3º da referida declaração consagra um direito do paciente à autodeterminação, significando para este um poder de decidir sobre si mesmo, ou seja, de dar ou recusar o seu assentimento a um determinado método de diagnóstico ou terapêutica.

Intimamente relacionado com esta faculdade, está o direito do paciente a ser informado. Com efeito, diz o princípio *supra* mencionado que «o paciente tem direito à informação necessária para poder tomar as suas decisões. O paciente deve compreender claramente qual é o objetivo de qualquer teste ou tratamento, quais os resultados que irão implicar e quais as consequências da recusa de consentimento».¹⁶⁸

Todos estes enunciados anunciam um novo paradigma das relações em contextos de saúde. Trata-se, pois, de um modelo de autonomia, segundo o qual o ser humano já não surge como mero objeto de um qualquer tratamento (que terá de aceitar, quer queira, quer não, porque “é para o seu bem”), sendo, ao invés, considerado verdadeiro sujeito dos cuidados de saúde.

O modelo da autonomia tem como base a dignidade humana, colocando em evidência a dimensão da liberdade humana enquanto autodeterminação, ou seja, a capacidade de decidir sobre si mesmo aquilo que mais lhe convém, em conformidade com as suas convicções e com o projeto de vida que construiu na base da sua personalidade.

¹⁶⁷ Com efeito, os pacientes devem ser informados dos objetivos, métodos e fontes de financiamento da investigação, de possíveis conflitos de interesse por parte do médico que conduz o estudo, e ainda das suas afiliações institucionais. Além disso, o sujeito também deve ser informado acerca dos possíveis benefícios e potenciais riscos que o processo de investigação acarreta e, sobretudo, acerca dos seus direitos no âmbito da investigação, onde se destaca o direito de, a qualquer momento, poder retirar o seu consentimento, sem que seja prejudicado por causa disso.

¹⁶⁸ Tradução da autora.

Assim sendo, o próprio interesse do paciente não é definido por outros, de modo externo, mas pelo próprio, no seu íntimo, pela ponderação pessoal do valor das alternativas. E se é verdade que, na maioria das situações, o interesse do paciente coincide com o seu melhor interesse do ponto de vista médico,¹⁶⁹ a verdade é que não é certo que assim seja. De facto, podem ocorrer situações em que o tratamento mais adequado, e até aconselhado, do ponto de vista médico, não coincida com os interesses do paciente.¹⁷⁰ Pense-se no caso de pacientes terminais que optam por prescindir de um tratamento que lhes permitiria mais algum tempo de vida, mas que os impediria de continuar ou concluir um importante projeto que tenham, ou na situação em que se encontram certos indivíduos com convicções religiosas particulares que os impedem de aceitar determinados tratamentos, ou ainda na circunstância de pessoas que, podendo recorrer a tratamentos de medicina oriental, os preferem em relação à medicina ocidental.

Em suma, o modelo da autonomia nas relações de saúde privilegia a liberdade do paciente.¹⁷¹ Com efeito, quando uma pessoa se vê perante uma situação patológica, principalmente de doença grave, é normal que muitas das suas perspetivas se alterem e que se sinta afetada naquilo que é a sua dignidade e até na sua identidade. Contudo, mesmo em situações de grande vulnerabilidade e limitação, é possível garantir e proporcionar aos pacientes aquele último reduto do seu sentir-se pessoa que consiste na capacidade de se autodeterminar, ou seja, de tomar

¹⁶⁹ Com efeito, só esta evidência permite fundamentar o instituto do consentimento presumido, consagrado no artigo 39º do Código Penal, como causa excludente da ilicitude de uma conduta típica. Ora, presumir o consentimento de alguém pressupõe a existência de padrões de atuação e de hierarquização de bens jurídicos previamente definidos. Com efeito, na grande maioria das situações, quando as pessoas são colocadas perante a escolha entre os bens jurídicos da vida e da saúde ou outros bens jurídicos, optam por aqueles, em detrimento destes. É com base neste padrão de escolhas que também os profissionais de saúde vão atuar. Assim, se chega um paciente politraumatizado e em coma às urgências de um hospital mas que carece de uma operação urgente para sobreviver, ainda que tal operação implique a potencial amputação de um membro, o médico irá presumir o consentimento do paciente, pois o mais provável é que o paciente optasse por colocar a vida em primeiro lugar, em detrimento da sua integridade física.

¹⁷⁰ No mesmo sentido, afirmando que «a saúde e bem-estar nem sempre são um valor relevante nas razões da ação», veja-se VIEIRA, Margarida – *A Vulnerabilidade e o Respeito no Cuidado ao Outro*, Lisboa, Faculdade de Filosofia da Universidade Nova de Lisboa, 2002. 322 f, tese de doutoramento, p. 143.

¹⁷¹ Sobre o conceito de vulnerabilidade e a sua relação com a doença, *vd. idem, ibidem*, p. 22-47.

decisões sobre si próprio. Isto só pode ser feito quando os profissionais de saúde, além de respeitarem essa autodeterminação, a promovem, no contexto da cultura e dos valores de cada pessoa.¹⁷²

Todavia, resta ainda uma pergunta: qual é o papel da informação neste contexto? Ora, a informação é essencial para a tomada de decisão. Não pode existir uma decisão autónoma sem que haja uma compreensão das alternativas acerca das quais se decide e sobre as consequências da decisão. Deste modo, se a informação é deficiente, a decisão será viciada e, nesse caso, não será uma decisão autónoma. Como é do conhecimento geral, uma das formas de condicionar as decisões alheias é, precisamente, a manipulação da informação a que os indivíduos têm acesso.

Em suma, o direito à informação é um direito fundamental em contextos de saúde, pois é ele que garante a efetiva autonomia do indivíduo na sua tomada de decisão e, conseqüentemente, a sua autodeterminação, sem a qual não existe respeito pela dignidade humana.¹⁷³ Deste modo, não podemos deixar de notar a estrita relação

¹⁷² *Idem, ibidem*, p. 134-141. Para ilustrar o que afirmamos, convocamos um caso relatado pela autora de um doente renal crónico que, além de doente, estava a cumprir uma pena de prisão de sete anos. Este paciente, após dois anos de hemodiálise, apresentou a recusa do consentimento. O enfermeiro, apercebendo-se de que a sua decisão era autónoma, ou seja, livre e esclarecida, respeitou tal decisão. Passadas algumas horas, o paciente voltou a consentir no tratamento, vindo a falecer passados poucos dias. Durante todo o tempo, a vontade do paciente foi respeitada. Ou seja, apesar de preso e doente, este homem permanecia ainda assim livre na sua autodeterminação.

¹⁷³ Como se pode ler no ponto 3.2.2 do Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «Os direitos do paciente» (2008/C 10/18), «A informação não é um fim em si mesmo, mas um meio de permitir que a pessoa faça as suas escolhas livres e esclarecidas». Note-se, porém, que este caráter instrumental da informação não significa que ela não deva ser abordada autonomamente, enquanto dever jurídico. Com efeito, como refere PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado...*, p. 353: «Se associarmos, de forma excessiva, a obrigação de informar à necessidade de obter um consentimento, a primeira corre o risco de se tornar desprovida de sentido, quando é precisamente a informação sobre o seu estado, por mais pessimista que o prognóstico possa ser, que pode ser muito importante para o paciente», ou seja, estamos perante as situações em que não há intervenção médica a ser consentida, porque a medicina ainda não tem uma resposta para determinado quadro clínico, embora tenha os meios de o diagnosticar e o conhecimento sobre a sua evolução natural.

de dependência que existe por parte do instituto do consentimento informado face ao direito à informação.¹⁷⁴

1.2. Da positivação do direito à informação

O direito à informação tem vindo a ser reconhecido em numerosos instrumentos jurídicos, que constituem o ponto de partida para o conhecimento daquele mesmo direito.

1.2.1. Enquadramento normativo do direito à informação

Iniciamos a nossa investigação pela tentativa de compreender qual é o enquadramento normativo do direito à informação. Com efeito, tratando-se de uma dimensão do direito à saúde, torna-se necessário percorrer o caminho que nos leva desde a sua relação com aquele direito fundamental aos aspetos que nos permitem perceber qual a sua configuração hoje em dia.

1.2.1.1. Direito internacional

O direito à informação em saúde é uma matéria estritamente relacionada com a questão dos direitos humanos. Assim, no domínio internacional, é nos instrumentos internacionais que suportam tais direitos que encontraremos o fundamento jurídico positivado do direito à informação em saúde.

Em primeiro lugar, destacamos o PIDCP. Este documento vem, no seu artigo 7º, fazer uma referência explícita ao livre consentimento requerido

¹⁷⁴ MARTÍNEZ, Josefa Cantero – *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2005, p. 15 ss: «Como principio general, el paciente sólo puede otorgar su conformidad para la realización de cualquier tipo de intervención médica una vez que ha recibido por parte del médico toda la información que resulta necesaria para la adecuada formación de su voluntad. La falta de información priva al paciente del conocimiento necesario para asumir y consentir los posibles efectos de la intervención médica». Vd. ainda CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 488; HIERRO, José Manuel Fernández – *Sistema de Responsabilidad Médica*, Granada, Editorial Comares, 2007, p. 213.

para a prática de experiências médicas ou científicas, o que conduz, implicitamente, à existência de um direito à informação, uma vez que sem a satisfação deste requisito, o consentimento não pode ser livre.

No âmbito da OMS, embora sem caráter vinculativo, temos a Declaração sobre a Promoção dos Direitos do Doente na Europa, cujo n.º 2 estabelece o direito à informação, tomando-o em diversas perspetivas, desde a questão da informação sobre os serviços de saúde até ao direito a não ser informado, passando pelo conteúdo e modo de transmissão da informação e pelo direito a uma segunda opinião.¹⁷⁵

Na região da Europa, podemos também atender à CDFUE, que contém algumas regras imperativas visando a proteção da integridade do ser humano (artigo 3.º n.º 2). Também aqui se prescreve o respeito pelo “consentimento livre e esclarecido”, do que se infere a existência de um direito à informação.

Já a CDHB, no artigo 5.º, densifica este direito ao consentimento, coloca em evidência a questão da informação, enquanto condição de um consentimento livre e esclarecido. Com efeito, refere-se aí que a informação a ser prestada deve ser a “informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos”. Trata-se, portanto, de uma informação que o paciente – nas palavras do texto “a pessoa em causa” – tenha capacidade de compreender face às suas circunstâncias. Quanto ao seu conteúdo, a informação deve versar sobre o objetivo e a natureza da intervenção, aspetos que estão intimamente relacionados. Assim se distingue, por exemplo, uma intervenção curativa (que visa o restabelecimento do estado de saúde ou a sua melhoria) de uma intervenção diagnóstica (que ambiciona auxiliar o médico a compreender qual o estado clínico do seu paciente) ou de uma intervenção paliativa (cujo objetivo é atenuar a dor e proporcionar uma maior qualidade de vida ao paciente). Contudo, as exigências de informação vão mais além, prescrevendo-se que o paciente seja informado sobre as consequências e os riscos da intervenção, ou

¹⁷⁵ Sobre estes aspetos, *vd. infra*, p. 94 ss.

seja, sobre as previsíveis alterações, nomeadamente melhorias, que se verificarão no estado clínico do paciente e sobre a possibilidade de ocorrência de efeitos futuros incertos e nefastos decorrentes da intervenção proposta.

Também o artigo 10º da referida convenção, no seu nº 2, estabelece o direito que cada pessoa tem a conhecer – ou a não conhecer – toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Aqui estamos perante a consagração do princípio da autonomia no acesso à informação de saúde. Note-se, porém, que a CDHB permite que as legislações nacionais venham estabelecer restrições a este respeito. É o que sucede em Portugal com o instituto do privilégio terapêutico, que, baseando-se no princípio da não maleficência, permite ao profissional de saúde ocultar ao paciente informação que, previsivelmente, lhe cause um malefício que torne inútil os eventuais benefícios daí advindos.¹⁷⁶

1.2.1.2. Direito interno

No plano interno, começaremos com uma referência ao direito constitucional. Com efeito, embora não haja uma menção explícita ao direito à informação no contexto da saúde,¹⁷⁷ podemos aí encontrar o reconhecimento de alguns direitos fundamentais que nos permitem afirmar a sua existência. Referimo-nos, especificamente, aos artigos 25º e 26º da CRP, relativos ao direito à integridade pessoal e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, respetivamente.

¹⁷⁶ *Vd. infra* p. 110-112.

¹⁷⁷ Note-se, contudo, a existência de um acórdão que afirma encontrar tal consagração no artigo 37º, nº 1 da CRP: «É evidente que os médicos têm o dever de respeitar a autonomia dos doentes. Quer isto dizer que o dever de informação consagrado constitucionalmente no artigo 37º nº 1 CRP, é em matéria de direito à integridade física e à saúde redobrado, por em nosso entender fazer parte da estrutura do ato médico e da consequente responsabilidade médica. Trata-se de um princípio deontológico». Pela nossa parte, parece-nos que a extensão é excessiva, tendo em conta, sobretudo, a inserção do preceito num contexto de liberdades fundamentais, relacionadas com um acesso à informação em geral, com clara referência aos meios de comunicação social e aos poderes públicos. *Vd. ainda* CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 573.

O artigo 25º da CRP estabelece o direito a não ser alvo de agressões, quer físicas, quer morais. As situações em que se admite a renúncia a este direito são muito limitadas. Por um lado, pode tratar-se de concretizações do direito ao livre desenvolvimento de personalidade, em que normalmente as agressões à integridade são menores, como é o caso da perfuração das orelhas para a utilização de brincos, das tatuagens ou da depilação. Por outro, podemos estar no domínio das intervenções de saúde, nomeadamente, dos tratamentos médico-cirúrgicos. Em todas estas circunstâncias é essencial, em princípio,¹⁷⁸ o consentimento do titular do direito,¹⁷⁹ e, conseqüentemente, como se denota da argumentação *supra* apresentada, é patente a relevância do direito à informação.

Já o artigo 26º da CRP consagra, no seu nº 1, um grande leque de direitos pessoais, entre os quais destacamos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Este direito não estava positivado na versão original da lei fundamental, embora se vislumbrasse a sua existência em alguns preceitos de nível constitucional¹⁸⁰ e mesmo no plano do direito civil.¹⁸¹ Em suma, trata-se da afirmação da individualidade e irrepetibilidade de cada ser humano,¹⁸² que se

¹⁷⁸ Assim não sucederá nos casos de emergência. *Vd. infra*, p. 109.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 454. Veja-se, ainda, o acórdão do TRL, de 27-02-2003, onde se pode ler: «a sujeição da intervenção a um qualquer tratamento médico, ressalvados os casos de emergência, sem consentimento do visado, viola o direito à integridade pessoal, previsto no artigo 25º da Constituição da República como um direito fundamental». Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

¹⁸⁰ De que são exemplo o artigo 69º nº 1, 70º nº 2 e 72º nº 2 da CRP. No mesmo sentido, *vd.* SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995, p. 621.

¹⁸¹ Embora não totalmente coincidentes, leia-se o artigo 70º do CC, que ainda hoje mantém a sua vigência e atualidade. Com efeito, se o referido preceito visa conceder uma tutela geral da personalidade, o mesmo já não parece suceder com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – *cf.* CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 463.

¹⁸² A este propósito, convoco as palavras de SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de – *op. cit.*, p. 624: «[...] o direito geral de personalidade tem uma inegável fundamentação axiológica, enquanto vetor de autodeterminação do homem e de mecanismo de defesa da sua *humanitas* e da sua individualidade, em igualdade com os demais homens» e, um pouco adiante (p. 625-626), «cada homem, na irrepetibilidade do seu ser, tende a ter consciência de que, por meios jurídico, pode exigir aos demais o respeito da estrutura e do desenvolvimento da sua plena personalidade e de que lhe é exigível o respeito da estrutura e do desenvolvimento da plena personalidade de cada um dos outros homens».

consubstancia na defesa de um espaço de liberdade de ação individual a partir do qual cada um pode desenvolver a sua personalidade. Se os processos de escolha fossem iguais para todos os seres humanos, isso significaria que cada indivíduo e todos os indivíduos optariam pela mesma alternativa face a determinada informação. Um cenário destes tornaria irrelevante a prestação de informação individualizada. No entanto, não é isso que sucede. É o facto de cada indivíduo ser irrepetível, de possuir um projeto de vida único, que impede a presunção de um conhecimento *a priori* da sua escolha. Só ele a pode conhecer e, por isso, só ele pode decidir. A informação é-lhe, pois, devida, a título pessoal. Daqui decorre, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito a uma “autoafirmação”, que permita a cada indivíduo resistir a imposições heterónomas.¹⁸³

O direito à informação em saúde é contemplado, também, na Lei de Bases da Saúde, mais concretamente, na base XIV, que estabelece o Estatuto dos Utentes. Com efeito, o n.º 1, al. e) da referida base preceitua o direito dos utentes a serem «informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado».

1.2.1.2.1. O direito à informação e o ilícito penal de violação do dever de esclarecimento

Ao nível do direito penal, a positivação do direito à informação – *rectius*, ao esclarecimento¹⁸⁴ – encontra-se nos preceitos contidos nos artigos 156.º e 157.º do CP. O enunciado do preceito contido no artigo 156.º do CP, resultante da revisão do CP operada em 1995, refere-se precisamente às *intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias*, ou seja, às

¹⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p.463.

¹⁸⁴ Não temos vindo a operar uma distinção rigorosa entre um direito à informação e um direito ao esclarecimento. Não o faremos, por crermos ser desnecessário, uma vez que ambas as expressões são utilizadas tanto pela lei (confronte-se o artigo 157.º do CP, que fala em “dever de esclarecimento”, com o artigo 84.º do EOE, cuja epígrafe é “Do dever de informação”), como pela jurisprudência (tome-se, como exemplo, o acórdão do STJ, de 18-03-2010, que logo nos descritores fala em “dever de informação” e “dever de esclarecimento prévio”, não fazendo qualquer distinção no corpo do texto. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012), para designar a mesma realidade.

intervenções realizadas sem o consentimento do paciente. Fulcral para a compreensão deste instituto é, no entanto, o artigo seguinte, que vem densificar o dever de esclarecimento.

O regime jurídico-penal dos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas é, contudo, mais amplo e é estabelecido nos artigos 150º, 156º e 157º do CP, criando-se tipos de ilícitos criminais próprios da atividade médico-cirúrgica e operando-se, desta forma, uma autonomização em relação ao crime de ofensas corporais, previsto nos artigos 143º e seguintes do CP. Esta opção do legislador, a nosso ver, é justificada, porque o escopo de tais atividades é a defesa de bens jurídicos fundamentais, como a saúde e a vida daqueles que são objeto de tais tratamentos ou intervenções.¹⁸⁵ Com efeito, esta perspetiva poupa os juristas portugueses de muitas discussões que se têm vindo a travar pela Europa a este respeito, uma vez que, na maioria dos Estados europeus, a atividade dos profissionais de saúde é tida como um crime de ofensas à integridade física, que apenas não é punível porque consentido.¹⁸⁶

Urge, entretanto, compreender o que são intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Seguindo a classificação de Costa Andrade,¹⁸⁷ para estarmos perante um facto que possa ser qualificado como intervenção médico-cirúrgica, é necessária a verificação cumulativa de quatro elementos, convocados no artigo 150º, nº1 do CP, a saber: a qualificação do agente (“por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada”),¹⁸⁸ a intenção terapêutica (“com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga

¹⁸⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 150º*, in «Comentário Conimbrecense do Código Penal: Parte Especial», Tomo I, coord. DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 306: «A atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas do ponto de vistas das ofensas corporais tem por si pertinentes razões de fundo político-criminal e dogmático. Por um lado, é a única que se ajusta ao sentido social e simbólico do ato médico que, como já Binding advertia, não pode equiparar-se ao ato do faquista».

¹⁸⁶ Cf. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Consentimento Informado: Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, in «Direito da Medicina - I», org. OLIVEIRA, Guilherme de, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 9-10 e 21-28.

¹⁸⁷ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 150º...*, p. 307.

¹⁸⁸ Cremos que aqui se incluem, de pleno direito, todos os profissionais de saúde, no âmbito das suas competências.

corporal, ou perturbação mental”),¹⁸⁹ a indicação médica (“segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados [...] de acordo com as *leges artis*”) e a realização da intervenção ou tratamento segundo as *leges artis* (“[...] e forem levados a cabo de acordo com as *leges artis*”).

Esta delimitação exclui do âmbito do conceito de tratamentos médico-cirúrgicos aqueles que, embora realizados por um médico, não tenham, por exemplo, a intenção terapêutica, como é o caso da experimentação pura ou da esterilização sem indicação terapêutica. Estas situações integrarão a factualidade típica de um crime de ofensas à integridade física, embora seja de admitir causas de justificação, nomeadamente o consentimento justificante, previsto pelo artigo 149º CP.¹⁹⁰

Por outro lado, em virtude do artigo 150º, nº 2, podem ser subsumidos à *facti species* do crime de ofensas à integridade física os atos médico-cirúrgicos que forem praticados em violação das *leges artis*.¹⁹¹ Coloca-se, pois, a questão de saber o que são as *leges artis*. Trata-se de um conceito indeterminado, no sentido em que deve ser integrado de forma diferente ao longo do tempo, de acordo com os avanços técnicos e éticos que se vão sucedendo. É comum identificar-se as *leges artis* com um conjunto de «critérios técnicos definidos pela classe profissional, em rigor, pelo corpo de profissionais de uma determinada área específica».¹⁹² De sublinhar é o facto de que o respeito pelas *leges artis* é, em si, uma exigência ética. Ninguém pode cuidar bem, se não souber como, por muito boa vontade que tenha. A competência técnica é, portanto, um requisito do bom cuidado.¹⁹³

Atento o artigo 156º, que analisaremos de seguida, há quem afirme estarmos perante um conceito restrito das *leis da arte*, que se limitará às

¹⁸⁹ Não resistimos a notar a necessidade sentida pelo legislador em autonomizar a *perturbação mental* da *doença*, como se aquele não constituísse antes um tipo desta.

¹⁹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 150º*...., p. 308;

¹⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 156º*, in «Comentário Conimbrecense do Código Penal: Parte Especial», Tomo I, coord. DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 393.

¹⁹² NUNES, Rui – *Ética na relação com o doente*, in “Ética em Cuidados de Saúde”, org. SERRÃO, Daniel/NUNES, Rui, Porto, Porto Editora, 1998, p. 34.

¹⁹³ *Idem*, *ibidem*, p. 34.

técnicas utilizadas na execução do tratamento ou intervenção.¹⁹⁴ Com efeito, há autores que consideram que o consentimento não se pode ter por incluído no conceito de *leges artis* – pelo menos no domínio penal¹⁹⁵ – uma vez que o artigo 156º do CP permite a punibilidade de intervenções médico-cirúrgicas, ou seja, intervenções que por definição obedecem às *leges artis*, mas que não foram consentidas.

A construção teórica de um conceito restrito de *leges artis* para o domínio penal, coexistindo com um conceito amplo a operar na civilística parece-nos vir introduzir uma fragmentação desnecessária no sistema jurídico. Na verdade, entendemos que a questão deve ser perspectivada através dos bens jurídicos que se visa proteger. Reportando-se o artigo 150º do CP à proteção do bem jurídico “integridade física”, entendemos que as *leges artis* aí referidas são aquelas que poderão ferir a integridade física.¹⁹⁶ Obviamente, aqui não se poderão integrar as atuações dos profissionais de saúde que têm como escopo a manipulação da informação a transmitir ao paciente. Contudo, tal não significa que essa prática seja uma boa prática clínica ou que o seu valor seja neutro. O que acontece é que o bem jurídico atingido não é a integridade física, mas antes a liberdade.

¹⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 150º...*, p. 312.

¹⁹⁵ Defendendo a existência de dois conceitos de *leges artis*, um de caráter mais restrito, a ser utilizado no âmbito penal e outro, mais amplo, a operar no direito civil, veja-se PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 70: «Ora, se é verdade que esta impostação do problema [o consentimento como momento privilegiado das *leges artis*] se revela desajustada aos dados do direito penal português, onde a incriminação das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias visa a exclusiva proteção do bem jurídico liberdade (e autodeterminação), já o mesmo não pode ser afirmado, de plano, em sede de direito civil». Num outro sentido, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 54, a respeito do conceito de *leges artis*: «Trata-se, enfim, das regras do *know-how* sobre o tratamento médico, que devem estar ao alcance de qualquer clínico no âmbito da sua atividade profissional. Regras de índole não exclusivamente técnico-científica, mas também deontológicas ou de ética profissional, pois não se vislumbra qualquer razão, antes pelo contrário, para a exclusão destas da *arte médica*».

¹⁹⁶ Como é patente no sumário do acórdão do TRP, de 11-11-1998: «os factos referidos no artigo 150 do Código Penal de 1995 só integram ilícito penal se houver ofensa no corpo ou na saúde, seja tal ofensa dolosa ou negligente. Por isso, a violação das *leges artis* causadora de perigo para o corpo, a saúde ou a vida do paciente deixou de ser punida como crime autónomo, devendo antes ser aferida caso a caso, de acordo com as consequências que daí resultaram para a integridade física, a saúde ou a vida do paciente. Senão houver, portanto, ofensa no corpo ou na saúde, a conduta deixa de ser punível por faltar o elemento material do delito». Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 11-01-2012.

Analiseemos, portanto, o artigo 156º do CP. Com este tipo legal de crime, o legislador pretendeu proteger o bem jurídico que é a liberdade e a autodeterminação individual.¹⁹⁷ Com efeito, não se trata de defender a integridade física do paciente – uma vez que a intervenção médico-cirúrgica arbitrária não se pode considerar ofensa a esse bem jurídico¹⁹⁸ –, mas sim de tutelar a liberdade do paciente face às alternativas terapêuticas. Assim, as intervenções médico-cirúrgicas, por princípio,¹⁹⁹ só serão lícitas se houver o consentimento do paciente.

Na sequência do artigo 156º do CP, o legislador estabeleceu um preceito de índole interpretativa, vindo lançar algumas luzes sobre o conteúdo do consentimento. Este é o ponto que, para o nosso trabalho, mais releva, uma vez que o legislador vem reconhecer o dever de esclarecimento – de que é correlativo lógico o direito a ser esclarecido, i.e., informado – como condição de um consentimento eficaz. Contudo, o legislador vai ainda mais longe e indica quais os tópicos sobre os quais deve versar o esclarecimento: “o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”.

Cada um destes aspetos será tratado no ponto 1.2.2. deste capítulo, embora sob uma diferente terminologia. Na verdade, apenas o “diagnóstico” se mantém ponto autónomo comum na nossa sistematização e nas palavras do autor deste artigo. Relativamente à sua “índole”, parece-nos que ela se caracterizará pelas finalidades da intervenção, pelo que é sob essa designação que trataremos desta dimensão da obrigação de informar. Com o vocábulo “alcance” da intervenção ou tratamento, parece-nos que o legislador querará significar o resultado que se pretende atingir com tal intervenção ou tratamento,

¹⁹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 156º...*, p. 378.

¹⁹⁸ Neste sentido, lê-se no acórdão do TRL, de 18-12-2007: «a ineficácia do consentimento para a realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, por não ter sido precedido de uma informação clara acerca dos riscos das intervenções e dos tratamentos, é irrelevante para o preenchimento do crime de ofensa à integridade física por negligência». Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a: 10-01-2012.

¹⁹⁹ Também neste campo existem compreensíveis exceções, resultantes do nº 2 do artigo em análise e que serão objeto de estudo no ponto dedicado aos limites do direito à informação.

portanto, o prognóstico. Já o termo “envergadura” aparenta convocar uma dimensão de medida ou extensão da intervenção do tratamento, ou seja, os meios, o processo e as implicações que tal intervenção ou tratamento implicará para o paciente, incluindo-se aqui as técnicas utilizadas, os seus efeitos secundários, os riscos, mas também, por exemplo, a duração do tratamento.

Com efeito, trata-se da questão do conteúdo do dever de informar, cuja sistematização global reclama uma diferente abordagem, para a qual, contudo, este artigo constitui um importante ponto de partida. É ainda de referir que não encontramos na jurisprudência pesquisada nenhum caso de aplicação do artigo 157º do CP e, conseqüentemente, não nos foi possível, neste esforço de sistematização, recolher qualquer densificação do conteúdo conceptual destes vocábulos, decorrente da prática judiciária.

Confrontando os artigos 156º e 157º do CP, compreendemos a relação de dependência do consentimento em relação ao direito à informação e a sua absoluta necessidade como garante da liberdade e autodeterminação que, nas palavras de Costa Andrade, são o outro nome da dignidade humana.²⁰⁰

Retomando a questão dos atos médicos não terapêuticos (que não integram o conceito do artigo 150º do CP, considerando-se, portanto, ofensas à integridade física) percebemos agora que o consentimento como causa justificativa do ato médico, que atua sobre o juízo de licitude ou ilicitude, deve ser necessariamente informado, tornando-se imperativo afirmar o direito à informação sobre as várias dimensões do ato lesivo da integridade física.²⁰¹

²⁰⁰ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 156º...*, p. 378.

²⁰¹ Note-se que existe a ideia, na doutrina, de que atos médico-cirúrgicos dos quais não resultam benefícios terapêuticos para o indivíduo exigem um dever de esclarecimento mais premente e de maior alcance do que os tratamentos e intervenções médico-cirúrgicos. *Vd. Idem – Artigo 150º...*, p. 294: “o consentimento nas lesões corporais pressupor normalmente um dever de esclarecimento ainda mais exigente do que o consagrado (artigo 157º) para as intervenções médico-cirúrgicas” e CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 596.

1.2.1.2.2. O direito à informação: natureza contratual?

Numa perspetiva civilista, podemos enquadrar o direito à informação a partir de diversos ângulos, importando, sobretudo, compreender qual é a natureza do vínculo jurídico-civil entre o profissional de saúde e o doente e quais as normas que se lhe aplicam.

No nosso ordenamento jurídico, a relação de prestação de cuidados de saúde não está tipificada. Tradicionalmente, considerava-se que tal prestação nem sequer constituía um vínculo contratual e que os direitos e deveres do profissional de saúde e do doente eram efetivados através da responsabilidade extracontratual. No entanto, na primeira metade do século passado, dado o ímpeto do *arrêt Mercier*, emanado pela Câmara Civil da *Cour de Cassation* em 1936, começou a admitir-se o caráter contratual da referida relação.²⁰² Hoje em dia, é pacificamente aceite, também em vários ordenamentos jurídicos europeus,²⁰³ que se trata de um contrato de prestação de serviço.

Ora, de acordo com o nosso Código Civil, o contrato de prestação de serviço integra as modalidades do mandato, do depósito e da empreitada, mas não se esgota nelas, sendo, contudo, aplicável aos contratos de prestação de serviço que a lei não regule especialmente²⁰⁴ o regime do

²⁰² Resumidamente, os factos são os seguintes: a Sr.^a Mercier, sentindo ter um problema nasal, consultou o Dr. Nicolas, que a submeteu a um tratamento por raios X, provocando-lhe uma radiodermite, pela qual foi pedida uma indemnização. A *Cour de Cassation* veio a reconhecer a natureza contratual da relação estabelecida entre paciente e médico e, ao mesmo tempo, classificou a natureza da obrigação que impende sobre o médico como uma obrigação de meios: «il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade (ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué) du moins de lui donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle».

²⁰³ Sobre a evolução da relação médico-paciente no plano europeu como contrato de prestações de serviços e as suas vantagens e desvantagens, *vd.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 30-51. No domínio da jurisprudência nacional, é também frequente depararmo-nos com tal classificação. Tome-se, como exemplo, o acórdão do STJ de 04-03-2008 ou o acórdão do TRL de 20-01-2004. Disponíveis em: www.dgsi.pt. Consultados a 09-01-2012.

²⁰⁴ É o caso do contrato de prestação de serviço de cuidados de saúde, que se pode considerar de tipo social, mas que não está tipificado na lei. *Cf.* ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, in «Direito da Saúde e Bioética», Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 87-88. Sobre os contratos de tipo social,

mandato, com as necessárias adaptações, *ex vi* artigo 1156º CC. Neste contexto, é possível fundamentar legalmente o direito à informação através do disposto no artigo 1161º-b) CC, que obriga o mandatário a prestar as informações que o mandante lhe peça, relativas ao estado da gestão. No que interessa para o nosso objeto de estudo, é possível concluir que existe um direito do indivíduo doente a receber as informações dos profissionais de saúde acerca do seu plano terapêutico.²⁰⁵

Por outro lado, é ainda defensável que a obrigação de informar decorre do respeito pelos direitos de personalidade, quanto mais não seja através do enunciado geral do artigo 70º CC.²⁰⁶ Com efeito, o direito à liberdade e o direito à autodeterminação constituem fundamentos substanciais da obrigação de informar que impende sobre os profissionais de saúde. Afigura-se pertinente notar que o recurso a estas normas do CC, capazes de despoletar a responsabilidade aquiliana, assume especial importância nos casos em que a relação entre paciente e profissional de saúde não é reconduzível a um contrato, como sucederá sempre que, por exemplo, haja assistência a um indivíduo que tendo sofrido um acidente grave se encontra inconsciente e, consequentemente, incapaz de manifestar a sua vontade.

Em suma, embora o regime contratual se adegue à grande maioria das relações clínicas, e também aí seja possível perceber a existência de um direito à informação, a verdade é tal solução não é inequívoca, pelo menos nos casos em que as partes no contrato não são nem o

vd. VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 61-66. Transcrevemos, apenas, os requisitos de um contrato de tipo social: «Para que de um tipo social se possa falar é preciso, em primeiro lugar, que se verifique uma pluralidade de casos: a tipicidade não é compatível com a individualidade. Em segundo lugar, é necessário que essa pluralidade se traduza numa prática, quer dizer, que [...] no meio social em que é praticada, reconhecida como uma prática e não apenas como uma ou mais coincidências fortuitas. Em terceiro lugar, [...] é preciso que exista o reconhecimento do caráter vinculativo dessa prática e desse modelo» (p. 62).

²⁰⁵ *Vd.* ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *op. cit.*, p 113.

²⁰⁶ *Vd.* DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *Responsabilidade Médica em Portugal*, in «Boletim do Ministério da Justiça», nº 332, janeiro, 1984, p. 54.

profissional de saúde, nem o paciente,²⁰⁷ ou, ainda, no âmbito do recurso a um estabelecimento de saúde público.²⁰⁸

1.2.1.2.3. O dever de informar como obrigação deontológica

Independentemente de considerações de direito penal e civil, note-se que o dever de informar os pacientes também decorre dos preceitos deontológicos que regem os profissionais de saúde. Na verdade, grande parte das profissões que atuam no âmbito da saúde, como a medicina, a enfermagem ou a psicologia, regem-se por códigos deontológicos, que positivam os valores éticos inerentes ao exercício de tais profissões.²⁰⁹

De facto, trata-se de profissões com grande relevo social, ou seja, a própria sociedade tem interesse em que estes profissionais exerçam com a diligência e o cuidado devido aquilo que deles é esperado. É na resposta fiel aos anseios da sociedade que se há de tecer a confiança imprescindível à própria existência das profissões liberais.²¹⁰ Aliás, só a premência de tal exigência, acrescida do facto de se tratar de profissões que podem ser exercidas em regime liberal, justificam a criação das

²⁰⁷ Pense-se no caso da medicina do trabalho ou da assistência médica decorrente de um acordo celebrado entre uma empresa e uma instituição privada de saúde. Para um maior desenvolvimento, *vd.* ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *op. cit.*, pp. 85 ss.

²⁰⁸ *Vd.* SOUSA, Miguel Teixeira de – *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade médica*, in «Direito da Saúde e Bioética», Lisboa, AAFDL, 1996, p. 128.

²⁰⁹ Leia-se DEODATO, Sérgio – *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 66: «Inserindo-se numa Ética ligada ao exercício de cada profissão, que integre princípios e valores relativos à pessoa do profissional e dos destinatários da atividade profissional, os deveres profissionais materializam as promessas de uns perante os outros. Ultrapassam a componente obrigacional inerente a uma relação contratual com a entidade empregadora e fundam-se num agir ético de uma relação onde emergem a dignidade dos intervenientes. Assim, os deveres de cada profissional serão identificados no âmbito da própria profissão, concretizando o esperado para o profissional, conforme ao compromisso assumido».

²¹⁰ NETO, Luísa – *A atividade médica e o direito*, in Repositório Aberto da Universidade do Porto [em linha], [consult. 2012-01-23]. Disponível na [www: <URL: http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23931/2/2662.pdf>](http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23931/2/2662.pdf), p. 883.

Ordens Profissionais, que hoje em dia regulam o seu exercício profissional.²¹¹

Com efeito, o poder disciplinar – a que os trabalhadores estão submetidos – cabe à entidade empregadora. Todavia, no caso das profissões reguladas por uma Ordem Profissional, incumbe também à respetiva Ordem o exercício desse mesmo poder, no âmbito de uma devolução de poderes por parte do Estado,²¹² punindo-se deste modo o incumprimento dos deveres deontológicos a que os profissionais se obrigam.

Destarte, encontramos, nos códigos deontológicos de cada profissão de saúde²¹³ regulada, artigos ou princípios²¹⁴ que prescrevem indicações acerca do conteúdo da informação a transmitir,²¹⁵ bem como o momento da transmissão²¹⁶ e o seu modo.²¹⁷ É ainda contemplado o direito do paciente a não receber informações²¹⁸ e é possível encontrar-se algumas

²¹¹ DEODATO, Sérgio – *Responsabilidade...*, p. 65.

²¹² *Idem*, *ibidem*, p. 68.

²¹³ É pertinente notar que o valor jurídico destes diplomas não é igual em todas as profissões. Com efeito, a Ordem dos Enfermeiros e a Ordem dos Farmacêuticos têm os seus Códigos Deontológicos integrados nos respetivos Estatutos e estes foram aprovados, respetivamente, pelo Decreto-Lei n.º 104/98 de 21 de abril e pelo Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de novembro. Já a Ordem dos Médicos, cujo código anterior tinha sido aprovado internamente, viu o novo código publicado em Diário da República, 2.ª série, n.º 8, de 13 de janeiro de 2009, sob a forma de Regulamento (Regulamento n.º 14/2009), o que não deixa de causar algum espanto, considerando as matérias que aí são tratadas. Neste sentido, *vd.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa*, in «Revista Portuguesa do Dano Corporal», n.º 19, 2009, p. 25: «Não será isento de reparos a forma legal – regulamento – escolhida para trazer ao Diário da República este importante documento normativo, na medida em que versa, limita e condiciona o exercício de direitos, liberdades e garantias, os quais nos termos do art. 18.º da CRP deveriam ser regulados por uma lei em sentido formal». Também o CDOP assume esta forma, no Regulamento n.º 258/2011, publicado na 2.ª série do Diário da República, n.º 78, a 20 de abril de 2011. Já o CDOMD constitui, do ponto de vista formal, um Regulamento interno (Regulamento interno n.º 2/99, publicado em Diário da República – II Série, n.º 143, de 22 de junho, alterado pelo Regulamento interno n.º 4/2006, publicado em DR-II Série n.º 103, de 29 de maio).

²¹⁴ Com efeito, o CDOP não foi redigido em articulado, mas sob a forma de princípios. Para o nosso estudo, o que mais releva é *Princípio específico 1 – Consentimento informado*, no âmbito do qual se pode ler, no ponto 1.1. «No contexto da sua atividade, os/as psicólogos/as fornecem informação aos seus clientes e asseguram a sua compreensão. Essa informação diz respeito às suas ações profissionais, procedimentos e consequências prováveis, confidencialidade da informação recolhida e limites éticos e legais da mesma».

²¹⁵ Artigo 44.º n.º 1 e n.º 5 do CDOM, artigo 84.º-al. a) e d) e 85.º-b) do EOE, Princípio 1 do CDOP, artigo 87.º-al b) do EOF e artigo 17.º n.º 1 do CDOMD.

²¹⁶ Artigo 44.º n.º 2 do CDOM, podendo também considerar-se integrado no artigo 84.º-c) do EOE.

²¹⁷ Artigo 44.º n.º 3 e n.º 4 e artigo 50.º do CDOM, artigo 84.º-c) do EOE.

²¹⁸ Artigo 50, n.º 3 do CDOM.

referências aos familiares dos doentes,²¹⁹ ao segredo profissional²²⁰ e ao tratamento da informação de saúde.²²¹

Do ponto de vista do direito estrangeiro, destaca-se a solução espanhola, plasmada no artigo 5, nº 1, alínea c) da Ley 44/2003, de 21 de novembro. Este diploma tem por objetivo regular todas as profissões de saúde, estabelecendo determinados preceitos a respeitar na relação com os utentes. Aí se estatui que os profissionais de saúde têm o dever de respeitar a participação dos pacientes na tomada de decisão que os afeta e, «en todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones».

1.2.1.2.4. A Lei de Informação de Saúde

Por fim, será pertinente referir que existe no nosso ordenamento jurídico, desde 2005, um regime legal da informação genética pessoal e informação de saúde. Trata-se da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, doravante designada LIS, que veio esclarecer algumas questões sobre a titularidade, o acesso e o tratamento da informação de saúde, que consta dos processos clínicos. A necessidade de um regime jurídico que fornecesse um suporte legal a estas matérias agudizou-se a partir do momento em que foi apresentada a sequenciação do genoma humano, a 12 de fevereiro de 2001, abrindo-se, nesse momento, um universo de possibilidades na predição de doenças genéticas. Este facto, que comporta certamente virtualidades muito positivas, também é acompanhado de enormes potencialidades violadoras dos mais fundamentais direitos, nomeadamente, do direito à igualdade.²²²

Para o tema que nos propomos tratar neste capítulo, releva, em especial, o artigo 3º desta Lei, onde se enfatiza que o titular da

²¹⁹ Artigo 50 nº 4 do CDOM, artigo 84º nº 1 do EOE e artigo 17º do CDOMD.

²²⁰ Artigo 85º do EOE, artigos 101º a 104º do EOF, artigos 85º a 93º do CDOM, artigo 21º do CDOMD e princípio específico 2 do CDOP.

²²¹ Artigo 104º do EOF, artigo 20º CDOMD e artigos 100º a 103º do CDOM.

²²² Para um maior aprofundamento da questão, veja-se a exposição de motivos do projeto de lei nº 28/IX.

informação de saúde é a pessoa a quem tal informação se refere, sem prejuízo das condições de exercício de tal titularidade. Além deste aspeto particular, o diploma contém algumas indicações significativas no domínio da efetivação do direito à informação, que serão analisadas no capítulo III.

1.2.2. Conteúdo do direito à informação

A questão do conteúdo do direito do paciente à informação em contextos de saúde é muito complexa, envolvendo aspetos que vão além do que se poderá considerar como sendo o conteúdo *stricto sensu* do direito à informação, ou seja, os pontos concretos sobre os quais se deve informar o paciente, para abranger também o modo de transmissão da informação.²²³

Analisaremos, portanto, alguns tópicos que consideramos integrarem normalmente o conteúdo do direito à informação e algumas questões que se possam levantar.

No entanto, gostaríamos de salientar que, independentemente da intervenção legislativa, sempre existirá a necessidade de o profissional de saúde determinar, no caso concreto, qual a melhor forma de garantir que o direito do paciente à informação é respeitado. Adotamos, pois, um critério subjetivo, que permite concretizar o conteúdo do direito à informação face ao doente concreto, com relevantes implicações, nomeadamente, no que se refere ao modo de transmissão da informação.²²⁴

²²³ Cf. ENGELHARDT, H. Tristram – *Fundamentos da Bioética*, 2ª ed., São Paulo, Edições Loyola, 1998, p. 378: «A capacidade dos pacientes de escolher com efetiva liberdade dependerá de quanto sabem sobre os prováveis benefícios e riscos do tratamento que estão considerando, e suas alternativas. Dependendo do que os médicos ou outros profissionais de saúde revelam a um paciente, e *como é feita essa revelação*, o paciente estará inclinado a recusar ou aceitar o tratamento» [itálico nosso].

²²⁴ Vd. COSTALES, Javier Fernández – *La responsabilidad civil sanitaria (medica y de enfermeria)*, Madrid, Actualidad Editorial, 1995, p. 93; ZAMBRANO, Virginia – *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Roma, Edizione Scientifiche Italiane, 1993, p. 76. Também o CDOM parece apontar nesse sentido, quando, no seu artigo 44º, nº 3, estabelece que «O esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, *adaptados a cada doente*, realçando o que

Na verdade, cremos que a transmissão da informação em saúde é, em si, um ato terapêutico relacional, ou seja, um ato que se constitui, ele próprio, como um cuidado de saúde e que deve, por isso, ser perspectivado no contexto da relação que se estabelece entre a pessoa doente e o profissional de saúde.²²⁵ Com efeito, compete ao profissional de saúde agir com base num juízo de ponderação entre, por um lado, a autonomia da pessoa que o procura e, por outro, a proteção que lhe é devida, pelo facto de se encontrar numa situação de especial vulnerabilidade.²²⁶ É nesta perspetiva que a transmissão da informação, quando realizada no contexto adequado, pode ser vista como geradora da confiança que é essencial na relação terapêutica.²²⁷

tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente» [itálico nosso] e no nº 4 determina que «O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural». Rejeitam-se, deste modo, outros critérios possíveis, como o critério do médico razoável – mais conhecido por *Bolam test* – ou o critério do paciente razoável. São várias as críticas apontadas a estes critérios, convergindo no facto de nenhum deles se orientar pela autonomia efetiva do paciente. Por outro lado, o critério subjetivo também não está isento de críticas, como bem nota JACKSON, Emily - “*Informed Consent*” to Medical Treatment and the Impotence of Tort, in «First Do Not Harm: Law, Ethics and Healthcare», org. MCLEAN, Sheila A. M., Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 281-282: «A subjective standard of disclosure might appear more precisely to fulfill the autonomy-based justification for obtaining informed consent [...] In practice, however, a subjective standard would prove almost impossible to enforce [...] Given the time constraints under which health care professionals must operate, electing all of patient’s relevant values, characteristics and goals would be an impossible task». No mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme de – *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 68: «Este grau de exigência [do padrão subjetivo do doente] parece, no entanto, irrealista, a não ser que o doente forneça indícios que possam levar um médico atento a considerar as circunstâncias especiais do caso: será a hipótese de uma terapêutica que diminua as faculdades gustativas, aplicada a um provador de vinhos [...]»

²²⁵ Como refere DEODATO, Sérgio – *Responsabilidade...*, p. 146: «A transmissão da informação não se apresenta assim como complementar à relação de cuidado, mas inclui-se nela, como seu elemento essencial e basilar».

²²⁶ No mesmo sentido, veja-se o Parecer 194/2010 do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros, onde se pode ler «[...] o acesso à informação de saúde que não seja boa notícia pode causar, ela própria, uma situação de mal-estar e até de doença súbita. Desse modo, não seria eticamente aceitável que aqueles que assumem o dever de proteger o Outro pudessem agir no sentido de lhe causar desconforto ou dano. [...] Em concreto, cabe aos profissionais de saúde em geral e aos enfermeiros em particular considerar a transmissão da informação como uma intervenção, levada a cabo no respeito pelos valores e pelos princípios éticos da profissão».

²²⁷ Referindo-se ao exercício da medicina, OSSWALD, Walter – *Um fio de ética*, Coimbra, Instituto de Investigação e Formação Cardiovascular, 2001, p. 35: «Conhecedor de dados pessoais, confidente e depositário de segredos, desvendador de intimidades, o médico não pode fechar-se, omitir informações, proferir afirmações enganosas, mentir até, sem ofender gravemente o seu dever de constituir referencial da verdade, dispensador de informação correta e completa. Quando peca por omissão ou deliberada informação falsa, o médico põe em risco a relação com o doente, abala a sua confiança e deixa de ter fundamento para, por seu

Em relação ao conteúdo da informação, o primeiro aspeto a reter é que cada profissional de saúde – médico, enfermeiro, psicólogo, etc. – deve informar o paciente acerca dos atos que se enquadram no seu âmbito de competência. É o critério de que quem pratica o ato é por ele responsável e deve, sobre o mesmo, esclarecer o paciente.²²⁸

Impõe-se, contudo, uma questão: sobre que aspetos terapêuticos deverá o paciente ser informado? Sem a pretensão de sermos exaustivos, parece-nos essencial compreender que podemos estar perante momentos terapêuticos muito distintos.

Tomemos como exemplo um processo de cura. O utente procura o médico, apresentando-lhe vários sintomas e esperando que aquele seja capaz de o curar. No entanto, desde a primeira consulta até ao momento em que ficará curado, o paciente terá de se submeter a várias intervenções, bastante distintas. Assim, o próprio diagnóstico pode implicar a prática de atos que se traduzem na realização de exames, potencialmente invasivos e geradores de riscos. Uma vez diagnosticada a

turno,, exigir do paciente a informação completa e verdadeira que o ajudará a diagnosticar e a tratar» e, ao exercício da enfermagem, DEODATO, Sérgio – *Responsabilidade...*, p. 145: «A confiança alicerça-se também na informação que se detém e que se adquire como verdadeira, daí que a transmissão de informação em Enfermagem constitua uma componente importante do processo de cuidar». Cf., ainda, ANTUNES, Alexandra – *Consentimento Informado*, in “Ética em Cuidados de Saúde”, org. SERRÃO, Daniel/NUNES, Rui, Porto, Porto Editora, 1998, p. 22.

²²⁸ No mesmo sentido, vd. DEODATO, Sérgio – *Responsabilidade...*, p. 147 e 148 e a impossibilidade de delegação do esclarecimento por parte do médico, cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 366, com grande ênfase na impossibilidade de delegação do esclarecimento por parte do médico em relação ao enfermeiro. Parece-nos, contudo, que o autor não contempla uma situação que já adquiriu frequência na prática e que é a da transmissão da informação pela pessoa que, na equipa multidisciplinar de profissionais de saúde, esteja na melhor posição para transmitir a informação, independentemente de ser a essa pessoa que compete o ato. Tome-se como exemplo o diagnóstico de uma doença com prognóstico fatal. O diagnóstico da doença é um ato que cai no âmbito de competências do médico. Contudo, agindo em equipa e no âmbito de uma complementaridade funcional existente entre os profissionais de saúde – e não de uma mera delegação de competências – poder-se-á considerar que a pessoa melhor colocada para transmitir a informação é, por exemplo, o enfermeiro (devido, imagine-se, às competências de comunicação adquiridas em formação específica ou pela sua proximidade com o paciente) ou o capelão (por o paciente ter uma relação próxima com ele e ser uma pessoa religiosa). Tudo isto independentemente de uma informação posterior mais aprofundada por parte do médico. No mesmo sentido, leia-se o parecer n.º 92/2009 do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros: «[...] o seu direito [do doente] a ser informado e esclarecido em tudo o que reporta aos cuidados que lhe são prestados pela equipa de saúde e à sua real situação de doença não são exclusivos de nenhum dos profissionais envolvidos na mesma mas antes se inserem num processo global de planeamento de partilha de informação, onde cada um assume a sua área de competência».

patologia, o paciente prosseguirá um determinado tratamento, mais ou menos prolongado e que poderá incluir uma multiplicidade de atos, levados a cabo não só por médicos, mas por outros profissionais de saúde.

Com feito, podemos estar a falar de meios de diagnóstico, ou seja, o paciente submete-se a determinados atos ou práticas com a finalidade de obter um conhecimento sobre o seu estado de saúde. Porém, podemos estar a falar já do plano terapêutico, ou seja, sabendo o paciente qual é o seu estado de saúde, poderá adotar determinados comportamentos ou submeter-se a certas intervenções com a finalidade de prevenir, tratar ou aliviar eventuais patologias ou sintomas que tenha ou que possa vir a ter.

Tendo presente este quadro, parece-nos que o conteúdo do direito à informação acolherá, ao menos, a finalidade do ato (seja ele um meio de diagnóstico ou um ato terapêutico), os seus riscos, o estado de saúde do paciente, a sua previsível evolução, a terapêutica indicada e as suas alternativas.²²⁹

1.2.2.1. Obrigação de informar sobre a finalidade do ato

Desta forma, é necessário que o paciente compreenda a finalidade do ato, ou seja, qual é o objetivo do ato e quais os benefícios que poderá trazer.

Assim, se se trata de um exame de diagnóstico, deverá o paciente ser informado que tal exame visa despistar determinadas doenças, ou ajudar a compreender melhor os sintomas que apresenta, para poder ser delineado um plano terapêutico. No entanto, tal ato poderá ser curativo, preventivo ou paliativo, pelo que a índole ou natureza do ato praticado se

²²⁹ No mesmo sentido, veja-se o acórdão do STA, de 09-03-2000: «Os médicos dos estabelecimentos públicos de saúde têm o dever de prestar aos pacientes informação adequada sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado, em ordem a permitir-lhes uma opção esclarecida entre receber ou recusar os cuidados de saúde propostos». Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 09-01-2012. Note-se que, independentemente de exercerem a sua atividade no setor público ou privado e do respetivo regime de responsabilidade, o conteúdo do dever de informar é o mesmo e radica, apenas, na relação que se estabelece entre o profissional de saúde e o paciente.

afere pela sua finalidade. Deste modo, se um tratamento ou intervenção visa a cura de uma patologia, classificar-se-á como sendo curativo. É o caso de uma cirurgia para remover o apêndice de um paciente com uma apendicite. No entanto, se estivermos perante a administração de uma vacina, o paciente deverá compreender que tal ato visa um benefício – neste caso, a imunização em relação a determinada doença – evidenciando-se uma finalidade preventiva, ou seja, a intervenção dispõe-se a evitar a progressão ou o surgimento de uma determinada doença. Por fim, sempre haverá situações em que a medicina não consegue dar uma resposta que permita debelar a enfermidade, mas possui os conhecimentos suficientes e adequados ao controlo da dor, contribuindo para um aumento significativo da qualidade de vida do paciente. É o caso das intervenções paliativas.

É fulcral que o paciente compreenda a natureza da intervenção ou tratamento que lhe é proposto, pois sem tal compreensão não lhe será possível avaliar corretamente o benefício que a submissão a tais atos lhe poderá trazer.

1.2.2.2. Obrigação de informar sobre os riscos do ato

Além da finalidade do ato, o doente deve conhecer quais os riscos que corre com a prática do mesmo, ou seja, quais as consequências nefastas possíveis, mas incertas, que tal intervenção ou tratamento poderá produzir.

Sucedem que nem todos os riscos são iguais. Em primeiro lugar, podemos distinguir os riscos frequentes dos riscos pouco frequentes, sendo os primeiros aqueles cuja verificação ocorre num número elevado de situações análogas e os últimos aqueles cuja ocorrência se limita, estatisticamente, a um ínfimo número de casos. Por outro lado, é possível classificar-se os riscos de acordo com a sua gravidade, encontrando-se assim, num extremo, os riscos que são muito graves, ou seja, cujos efeitos poderão incluir uma incapacidade física ou psicológica grave e,

até, a morte, e, no outro extremo, os riscos quase insignificantes, como uma lesão facilmente superável.

É a transmissão da informação ao doente que lhe permite assumir os riscos decorrentes da intervenção a realizar pelo profissional de saúde. Significa isto que numa intervenção não consentida, o profissional de saúde responderá pelos riscos que daí advenham, ainda que a intervenção tenha sido realizada no respeito pelas *leges artis*. O mesmo não sucederá sempre que o paciente tenha consentido na intervenção ou tratamento. Na verdade, um consentimento válido pressupõe que aquele que consente conhece os riscos que poderão sobrevir ao ato consentido, transferindo-os da esfera jurídica do profissional de saúde para a do paciente, que não poderá, nesse caso, assacar qualquer responsabilidade ao profissional de saúde.²³⁰

O caminho percorrido parece apontar, portanto, no sentido de um dever de informar o paciente acerca de todos os riscos do ato a praticar. Porém, parece-nos que outras razões se poderão invocar para que o profissional de saúde não proceda sempre desse modo, sem que tal prática leve a uma responsabilização.

Na verdade, há muitos riscos que são de baixíssima frequência. A transmissão de toda a informação acerca de determinados atos terapêuticos seria de tal modo volumosa e complexa que muitos pacientes teriam dificuldade em decidir, sobretudo porque poderiam não compreender o verdadeiro peso de cada risco, face à sua frequência.²³¹ Por estes motivos, parece-nos ser defensável que a informação

²³⁰ *Vd.* HIERRO, José Manuel Fernández – *op. cit.*, p. 192-193; SANCHÉZ, Juan J. Bonilla – *op. cit.*, p. 217: «Si el paciente, convenientemente informado, presta su consentimiento libre y sin vicio al ato médico, quedaria obligado a soportar los daños que acaezcan, si son consecuencia de los riesgos ordinários de la intervención o del tratamiento emprendidos»..

²³¹ *Cf.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado na Experiência Europeia*, in Estudo Geral: repositório digital da Universidade de Coimbra [em linha], [consul. 2011-06-08]. Disponível na [www: <URL: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspetos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf>](http://www.estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspetos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf) , p. 10-11.

transmitida não inclua os riscos muito graves, cuja possível concretização seja estatisticamente muito baixa.²³²

Reiteramos, contudo, que o que aqui impera é um critério do paciente concreto e do respeito pela sua autonomia e pelo seu direito à informação, pelo que se o mesmo requerer ao profissional de saúde a informação sobre todos os riscos, inclusivamente os riscos muito pouco frequentes, mas graves, sempre impenderá sobre aquele profissional a obrigação de prestar essa informação.

Afigura-se pertinente notar ainda que a gravidade dos riscos é um conceito que, também ele, carece de concretização. Significa isto que só perante o paciente concreto poderá o profissional de saúde aferir se um determinado risco é, ou não, grave. Para tal concretização, é necessário atender a dois aspetos distintos.

Em primeiro lugar, é necessário perceber se as características específicas de um determinado utente – como a obesidade, problemas

²³² Ademais, parece ser esta a prática. Pense-se, por exemplo, no caso da vacina contra o sarampo, em que a presença de púrpura trombocitopénica, após a vacinação com a vacina tripla (que inclui sarampo), em estudos prospetivos, tem variado de 1 caso para 30 mil vacinados na Finlândia e Grã-Bretanha a 1 caso para 40 mil vacinados na Suécia. Estudos efetuados através do sistema de vigilância passiva no Canadá e na França registraram a incidência de 1 caso por 100 mil doses distribuídas e 1 caso por 1 milhão de doses distribuídas nos Estados Unidos. Segundo Landrigan e Witte o risco de ocorrência de encefalite e encefalopatia, nos primeiros 30 dias após a vacina é de aproximadamente 1 caso / 1.000.000 doses. As primeiras manifestações clínicas iniciaram-se entre o 1º e 25º dia após a vacinação, sendo a maioria (76%) entre o 6º e 15º dia. No período de 1979 a 1984, o CDC registrou um índice de 0,3/1.000.000 doses, este índice é inferior ao índice de casos de doença neurológica grave de etiologia desconhecida em crianças não imunizadas da mesma faixa etária, sugerindo que o que realmente ocorre é uma associação temporal. A ocorrência de encefalite e encefalopatia após a doença natural é de 1/1.000 a 1/2/1.000 casos.

Em relação aos casos de panencefalite esclerosante subaguda (PEESA) pós-vacinal (sarampo), não há dados epidemiológicos documentados que realmente comprovem o risco vacinal. Entretanto há casos de PEESA em crianças sem história de doença natural e que receberam a vacina. Alguns destes casos podem ter resultado de um sarampo não diagnosticado mas também podem ser devidos à vacinação. Nos EUA, com bases em estimativas nacionais de morbilidade de sarampo e distribuição de vacina, o risco de PEESA pós vacinal é de 0,7 caso / 1.000.000 de doses e após a doença natural é de 8,5/1.000.000 casos de sarampo. Há relatos também de outras manifestações neurológicas do tipo ataxia, mielite transversa, meningite asséptica, paralisia ascendente, paralisia do oculomotor, neurite óptica, síndrome de Reye, síndrome de Guillain Barré e retinopatia, mas essas são somente associações temporais com a vacina contra o sarampo. Cf. Manual de Vigilância Epidemiológica dos Eventos Adversos Pós-Vacinação, Organizada pela Coordenação de Imunizações de Auto-Suficiência em Imunobiológicos, Brasília, Ministério da Saúde, Fundação Nacional de Saúde, 1998, p. 32-34.

vasculares ou condicionantes genéticas – poderão tornar previsíveis riscos que, à partida, não o seriam.

Num segundo momento, é indispensável ponderar a gravidade de um certo risco para o paciente concreto. De facto, a gravidade traduz-se nas consequências nefastas que o ato poderá ter na vida do indivíduo que se submete à terapêutica proposta. Assim, se o risco de um determinado tratamento é, por exemplo, uma alteração do paladar, isso poderá constituir um risco grave para o paciente cuja profissão implica a prova de vinhos, mas já ser um risco relativamente insignificante para outros doentes. São estes os chamados “riscos personalizáveis”.²³³

Questão diferente é a que se coloca em relação aos riscos atípicos, ou seja, aqueles que não estão diretamente relacionados com a intervenção a realizar e que são, por isso, imprevisíveis. Parece-nos evidente que não haverá uma obrigação de informação neste caso, pois tal constituiria um ilogismo: se tal risco é, por definição, imprevisível face a uma dada terapêutica, como poderia o profissional de saúde informar o paciente sobre um risco que não previu nem deveria ter previsto?²³⁴

1.2.2.3. Obrigação de informar sobre o diagnóstico

Também o diagnóstico deve, em princípio,²³⁵ ser do conhecimento do paciente. Com efeito, a informação sobre o diagnóstico é, na maioria das situações, a principal informação que o paciente deseja obter.

Durante muitos séculos, a omissão de informações que fossem “más notícias” era considerada uma boa prática, na medida em que o médico não deveria “fazer mal” ao seu paciente, ou seja, não lhe deveria causar a angústia derivada da iminência do sofrimento, aniquilando dessa forma a esperança eventualmente existente. Hoje em dia esta visão não pode mais

²³³ A expressão é utilizada por CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 571.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 588.

²³⁵ Excetuam-se os casos em que é aplicável o privilégio terapêutico.

ser sustentada, em virtude da valorização do princípio da autonomia, que impõe a revelação do diagnóstico.²³⁶

Acresce, como motivo desta mudança de mentalidades, o facto de, atualmente, existir uma grande quantidade de recursos ao dispor da medicina para debelar as doenças com um prognóstico mais reservado. Acontece que tais meios implicam, quase sempre, uma lesão da integridade física do paciente, que deve ser consentida.

Além disso, a experiência revela que o conhecimento do diagnóstico por parte do doente, embora possa ser causador de emoções e sentimentos depressivos num momento inicial, contribui posteriormente para a adesão aos tratamentos propostos e uma vivência humanizada do sofrimento.²³⁷

Por fim, resta o argumento legal, uma vez que o artigo 157º do CP e o artigo 3º nº 1 da Lei de Informação de Saúde, se referem expressamente à informação sobre o diagnóstico.²³⁸

1.2.2.4. Obrigação de informar sobre o prognóstico

Estritamente relacionada com a revelação de um diagnóstico está a informação sobre a evolução previsível do estado de saúde do paciente, ou seja, sobre o prognóstico. Com efeito, só o conhecimento acerca da doença e da sua evolução permitirá à pessoa diagnosticada tomar consciência da sua nova situação e reordenar o seu projeto de vida, permitindo-lhe uma plena vivência da sua nova circunstância.

²³⁶ Vd. VIEIRA, Margarida – *op. cit.*, p. 237: «Atualmente o benefício é encarado noutra perspetiva. Deixou de ser considerado um ganho para o paciente não saber a verdade, já que ele tem mais a ganhar conhecendo-a, sobretudo se há que optar entre tratamentos onde impera a tecnologia; tentar manter no paciente uma vã esperança, facilmente leva a tratamentos inúteis e, sobretudo, a mentira sobre mentira, para manter a mentira inicial».

²³⁷ OSSWALD, Walter – *op. cit.*, p. 36: «[...] a enorme experiência acumulada em séculos de atividade médica claramente evidencia que a verdade, mesmo quando reveladora de situação grave ou terminal, é geralmente aceite e elaborada pelo doente numa integração psicológica vital imensamente importante para um fim de vida sério e digno».

²³⁸ A estas disposições, acrescem as prescrições deontológicas expressas nos códigos deontológicos da Ordem dos Médicos (artigo 44º nº 1) e da Ordem dos Médicos Dentistas (artigo 17º nº 1).

A dificuldade que, muitas vezes, se apresenta ao profissional de saúde é o seu próprio desconhecimento sobre o prognóstico.²³⁹ A incerteza sobre o desenvolvimento da doença exige dos profissionais de saúde a prestação de cuidados que ultrapassem o domínio meramente técnico, exigindo um aprofundamento da relação humana. Neste sentido, a sua missão é dotar o paciente de instrumentos que lhe permitam lidar com a fragilidade do conhecimento humano e a consequente vulnerabilidade, exposta no sofrimento.

A informação sobre o prognóstico, quando exista a possibilidade de adoção de uma terapêutica, deverá incluir também a informação sobre as consequências de uma recusa de tratamento, ou seja, sobre a previsível evolução da doença diagnosticada não intervencionada.²⁴⁰

1.2.2.5. Obrigação de informar sobre a terapêutica proposta e as suas alternativas

Perante um diagnóstico, normalmente é elaborado o plano terapêutico mais adequado ao paciente.²⁴¹ Nessa construção, é proposta ao paciente

²³⁹ *Vd. OSSWALD, Walter – op. cit., p. 35. Neste ponto, VIEIRA, Margarida – op. cit., p. 237, questiona se a obrigação dos profissionais de saúde é “dizer a verdade” ou “ser verdadeiro”, concluindo pela última. Esta distinção tem especial relevância quando pensamos, como refere a autora, que o ser verdadeiro se traduz numa atitude que é compatível com a prudência na transmissão da informação.*

²⁴⁰ ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 22.

²⁴¹ Na verdade, parece-nos que os profissionais de saúde consideram que a melhor prática é a de reconhecer na pessoa doente o parceiro essencial no delineamento do plano terapêutico. *Vd. PEREIRA, André Gonçalves Dias – O Consentimento Informado na Experiência Europeia*, p. 12: «médicos e pacientes que se deseja sejam parceiros na atividade médico-terapêutica». De facto, também nos parece ser este o paradigma que melhor evidencia e concretiza o respeito pela autonomia da pessoa, elevando-a a verdadeiro *sujeito* e não mero objeto da intervenção terapêutica. É também neste sentido que SERRÃO, Daniel - *O adeus a Hipócrates – ou talvez não!*, in Daniel Serrão [em linha], [consult. 2011-06-09]. Disponível na [www: <URL: http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=84>](http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=84) prefere falar de assentimento em vez de consentimento, enfatizando o caráter de adesão – e não de mera autorização – ao plano terapêutico: «O exercício da autonomia – valor indiscutível numa sociedade democrática – no campo particular das intervenções médicas é, ainda, em Portugal, pouco praticado. Mas é importante e necessário que as profissões da área da saúde percebam que as pessoas cada vez mais irão exercer a sua autonomia na decisão médica partilhando a informação necessária com o profissional e formalizando o seu consentimento. (Melhor seria chamar-lhe assentimento, aceitação ou concordância mas o atual Código Penal regista nesta matéria a palavra consentimento e é com ela que temos de nos habituar a conviver)». No domínio da jurisprudência, o acórdão do STJ, de 15-10-2009 afirma que «ao longo de mais de cem anos, verifica-se uma tomada de consciência coletiva sobre a necessidade de elevar o

uma intervenção. O paciente deverá ser informado acerca das suas finalidades, do modo da sua execução, dos seus efeitos secundários e da previsível evolução do seu estado de saúde se adotar os procedimentos propostos. Na verdade, só quando o indivíduo se encontra na posse de todos estes elementos, estará ele em situação de ajuizar do seu interesse em aderir ou não à terapêutica proposta, pesando todos os benefícios e sacrifícios, de acordo com o seu projeto de vida e sistema de valores.

Parece-nos ser este um dos pontos onde se manifesta com maior clareza o caráter casuístico dos processos terapêuticos. Com efeito, se uma terapêutica implica uma perda parcial do paladar ou uma ligeira atrofia dos músculos, tal poderá afigurar-se como um pequeno sacrifício para um indivíduo cuja atividade é, por exemplo, a docência, mas poderá ser um enorme custo para um crítico de cozinha ou para um desportista, respetivamente.²⁴²

Por este motivo, para que o processo de construção da decisão terapêutica fique completo, não bastará que o paciente conheça a terapêutica proposta, mas ainda que seja informado sobre as alternativas possíveis. O conhecimento das alternativas terapêuticas naquilo que são os seus benefícios, efeitos secundários e riscos alargará a autonomia da pessoa doente, ao proporcionar-lhe um leque mais amplo de opções terapêuticas. De facto, aquela que seria a terapêutica proposta, apesar de medicamente mais aconselhável, poderá não ser a mais adequada ao sistema de valores do paciente, que preferirá uma das alternativas. Tome-se como exemplo as alternativas às transfusões sanguíneas, como os expansores do volume ou transportadores de oxigénio.

Na verdade, a relação que se estabelece entre a pessoa doente e o profissional de saúde é caracterizada por uma assimetria na informação,²⁴³ que apenas será colmatada pelo cumprimento diligente e

estatuto do paciente, tendo-se este tornando finalmente um parceiro visível, afirmativo, livre e consciente, no contexto de prestação de cuidados de saúde, perspetivando-se para o paciente, uma real majoração da sua autonomia». Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

²⁴² No mesmo sentido, *vd.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 394.

²⁴³ ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 21: «[...] embora idealmente o doente deva ser informado com a maior acuidade possível, o desnível de conhecimento técnico e científico impede que isto se verifique. Alguns

atitude virtuosa do profissional de saúde que, genuinamente respeitador da dignidade daquele que se entregou ao seu cuidado, age com respeito absoluto pela sua autonomia, sem esquecer a dimensão da beneficência e da proteção.

1.2.2.6. Do modo de transmissão da informação

Todos os aspetos do conteúdo do direito à informação já referidos deverão ser comunicados da forma que as *leges artis* da profissão de saúde a que correspondem os atos praticados considerem mais adequada, como corolário lógico da conceção da transmissão da informação como um ato terapêutico.

O CDOM contém alguns preceitos que versam especificamente sobre o modo da transmissão da informação, nomeadamente, os artigos 44º nº 3 e 4 e o artigo 50º nº2.²⁴⁴ É patente, nestes enunciados, a atenção ao paciente concreto e às suas necessidades. Portanto, mais uma vez, é a casuística que impera, sendo impossível reproduzir aqui as práticas e atos concretos que deverão ser adotados. Por isso, limitar-nos-emos a mencionar algumas atitudes e pontos concretos a que, de modo geral, os profissionais de saúde deverão estar atentos.

Além da necessária transmissão da informação num ambiente de «afeto e compreensão»,²⁴⁵ será necessário atender ao emprego de uma

profissionais de saúde consideram que uma informação extremamente detalhada, onde sejam expostos os riscos reais, pode levar à recusa de consentimento. Contudo, esta questão poderá e deverá ser ultrapassada através da forma como a informação é prestada; este passo é fundamental para uma verdadeira tomada de decisão por parte do paciente». *Vd.*, também, NUNES, Rui – *op. cit.*, pp. 32 e 34. Fazendo uma análise económica dessa assimetria, CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício – *Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica*, in «Lex Medicinæ», ano 2, nº 3, 2005, p. 135 refere que «mesmo que bem informado, atenta a fragilidade da sua situação de enfermidade e a premência da prática do ato médico, esta assimetria tende a manter-se», levando os pacientes a «fazer um deficiente balanço entre os riscos e benefícios do ato médico, o que tem como consequência um nível de precaução não-ótimo por unidade de atividade».

²⁴⁴ «A revelação exige prudência e delicadeza, devendo ser efetuada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar». No mesmo sentido, BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F. – *op. cit.*, p. 286: «Disclosing information over time avoids what has been called “truth dumping” and “terminal candor”. It attempts to achieve truthfulness within constraints set by principles of beneficence, non maleficence, and respect for patient autonomy».

²⁴⁵ ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 23.

linguagem que o paciente compreenda.²⁴⁶ Neste sentido se pronunciou, o TRL, no acórdão de 18-12-2007,²⁴⁷ onde se pode ler:

«O conteúdo da informação pode variar em função da capacidade de compreensão e da cultura médica do paciente, dos seus desejos de informação, dos níveis de risco que tem o tratamento, dos efeitos que pode ter no paciente e da própria necessidade do tratamento»

Assim, parece-nos que, desde logo, é necessário que a transmissão se dê numa língua que o doente compreenda. Se é estrangeiro, deverá o profissional de saúde, sabendo, comunicar na língua do paciente e, de contrário, socorrer-se de um intérprete. Do mesmo modo, se o utente é, por exemplo, surdo, deverá a comunicação ser feita em língua gestual.²⁴⁸ Porém, as questões da comunicação não se ficam pela compreensão da língua, mas da própria linguagem. Na verdade, muitos são os termos próprios da linguagem médica inacessíveis a quem não está familiarizado com a área da saúde. Por isso, os profissionais de saúde deverão proceder à tradução dos termos técnicos para a linguagem comum, adaptando os vocábulos e expressões utilizados ao nível de compreensão da pessoa concreta que estão a informar. Por outro lado, pode acontecer que o paciente tenha já conhecimentos médicos prévios, que afastem a necessidade de uma adaptação de linguagem. Tome-se como exemplo o caso de um paciente que exerça a profissão de médico.

Existem também disposições especiais no nosso ordenamento jurídico que apontam para um especial cuidado no momento da transmissão da informação, atendendo ao tipo de cuidados de saúde. Assim, o artigo 5º nº 1 alínea a) da Lei de Saúde Mental²⁴⁹ determina que o utente dos serviços de saúde mental seja «informado, *por forma adequada*, dos seus direitos, bem como do plano terapêutico proposto e seus efeitos previsíveis». De facto, em relação a estes doentes, é exigível um cuidado

²⁴⁶ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 41.

²⁴⁷ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

²⁴⁸ ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 22.

²⁴⁹ Lei nº 36/98 de 24 de julho, alterada pela Lei nº 101/99 de 26 de julho.

acrescido no modo de transmissão da informação, em virtude das suas condições de particular vulnerabilidade.

O momento da transmissão de informação também é importante e não pode ser desconsiderado. Admite-se, portanto, que a informação seja, por exemplo, faseada²⁵⁰ ou que seja adiada para um momento em que o profissional de saúde tenha mais tempo para despender com o paciente, ou em que este se mostre mais aberto à receção da informação. Na verdade, o ato de informar não pode ser visto como o mero cumprimento de um dever jurídico ou deontológico, mas como um verdadeiro ato terapêutico.

É ainda possível, numa perspectiva mais jurídica do que ética, equacionar-se a questão da forma da transmissão da informação. Este tópico assume relevo, sobretudo, no domínio da prova da prestação da informação e do respetivo consentimento, quando a este haja lugar em virtude do assentimento numa determinada terapêutica. No que concerne ao ato de transmissão da informação parece-nos que, dada a índole pessoalíssima da informação e da sua natureza enquanto momento também ele terapêutico, aquela deverá ser realizada oralmente pelo profissional de saúde a quem compete a prática do ato consentido. Todavia, esta forma não obsta a uma posterior formalização do consentimento através de um documento escrito. Indispensável é, pois, que a transmissão da informação seja um ato relacional entre o profissional de saúde e o doente. Rejeitam-se, deste modo, as práticas que substituem este momento relacional pela mera apresentação e

²⁵⁰ Como refere o artigo 50º n.º 2 do CDOM «A revelação [...] [deve] ser efetuada em toda a extensão e ritmo exigido pelo paciente». *Vd. também* OSSWALD, Walter – *op. cit.*, p. 36: «[...] a verdade desejada pelo doente, no uso do seu direito incontestável, tem de ser comunicada no momento próprio, de forma gradual, com ajuda permanente e sem pôr de lado a esperança». No mesmo sentido, CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 499: «[el] paciente afectado de un mal o fatal pronóstico [...] tiene derecho a conocer toda la verdad, sin perjuicio de la conveniencia de analizar cada caso en concreto. En estos casos, el médico debe actuar con altas dosis de psicología, siendo admisible, en algunos supuestos y cuando las circunstancias así lo aconsejen, una información gradual o atenuada de tan infausto pronóstico clínico».

exigência de assinatura de um formulário feita por pessoal administrativo quando o utente dá entrada numa instituição de saúde.²⁵¹

Contudo, não bastará ao profissional de saúde transmitir a informação ao utente. É também necessário proceder à validação de tal informação, ou seja, o profissional de saúde deverá assegurar-se de que a informação transmitida foi corretamente compreendida pelo seu destinatário. Cremos que este é um requisito indispensável, mesmo quando o paciente é um profissional de saúde.²⁵²

Em suma, o conteúdo do direito à informação e do correlativo dever de informar é complexo e, à partida, indeterminado. As reais exigências da prestação de informação só poderão manifestar-se face ao utente concreto. No entanto, existe uma atitude devida, *ab initio*, pelo profissional de saúde, que é a de respeito pelo princípio da autonomia e pelo princípio da beneficência e o discernimento necessário para a justa ponderação de ambos.

1.2.3. Situações de limitação à transmissão da informação

O direito à informação pode, em diferentes situações, ver-se limitado. De entre os contextos em que se dispensa o profissional de saúde da obrigação de informar o paciente, evidenciam-se três:²⁵³ a emergência de

²⁵¹ Veja-se o parecer n° 21/2001, do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros, cujo caso analisado *infra*, p. 184.

²⁵² Neste sentido, *vd.* ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 22, DEODATO, Sérgio – *Responsabilidade...*, p. 148.

²⁵³ Na verdade, há autores, como PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 459, que afirmam a existência de limites ao dever de informar também no caso de pacientes resolutos ou de pacientes que já estão informados. Num sentido estrito, assim será, pois não existirá aqui a obrigação de transmissão concreta de todas as informações normalmente relevante. No caso do paciente resoluto, ou seja, aquele paciente que deseja obstinadamente uma determinada e concreta intervenção, recusando-se a receber informação sobre as alternativas e, muitas vezes, até sobre os riscos da intervenção, cremos que a autonomização em relação à recusa da informação não é útil, pois trata-se, na verdade, de uma situação de recusa parcial de informação com fundamento na sua resolução, ou seja, há uma confusão entre a renúncia à informação e a *ratio* dessa renúncia (que é o facto de já se ter decidido por um tratamento). Caso diferente é a dos pacientes já informados, uma vez que o profissional de saúde apenas poderá concluir pela não transmissão de informação, com fundamento na sua desnecessidade, quando se aperceba que o utente já possui tal informação. Há lugar, pois, ao dever de validar ou verificar a informação, como, de resto, também afirma o autor. No mesmo sentido,

uma intervenção, a recusa da informação por parte do utente e o privilégio terapêutico.

Relativamente à primeira situação, ela é muito frequente no caso de pacientes com traumatismos graves e que carecem, por isso, de uma intervenção tão rápida que o tempo despendido na transmissão de informação provocaria a inutilidade do tratamento ou acarretaria sérias consequências para o próprio paciente. Com efeito, esta hipótese está prevista no artigo 8º da CDHB e no artigo 156º nº 2 do CP, que veem estabelecer, portanto, uma exceção à punibilidade de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. É. Então, lícito ao profissional de saúde atuar sem a prévia prestação da informação – e consequente consentimento – nos casos de emergência.

Situação diferente é aquela em que é o próprio paciente que se recusa a receber a informação, exercendo desta forma a sua autonomia. Este “direito a não saber”²⁵⁴ é previsto, no nosso ordenamento jurídico, pelo artigo 10º nº 2 da CDHB e 50º nº 3²⁵⁵ do CDOM.

Na verdade, pode acontecer que um indivíduo, na plena posse das suas faculdades e com uma capacidade perfeita para receber a informação e se autodeterminar, resolva exercer a sua autonomia neste sentido negativo, ou seja, manifestando a sua vontade de não receber a informação que lhe é devida. Com efeito, pode o paciente preferir transferir para outra pessoa a receção da informação ou colocar-se totalmente nas mãos dos profissionais de saúde, a quem confia as decisões a tomar.

Enquanto ato de autonomia, o direito a não saber tem de ser manifestado pelo doente, embora não seja exigível uma manifestação expressa nesse sentido, podendo o profissional de saúde retirar esse sentido do conhecimento que tem do paciente e que advém de

vd. OLIVEIRA, Guilherme de – *op. cit.*, p. 68: «Entre o dever de informar e o dever de obter consentimento situa-se o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas».

²⁵⁴ ENGELHARDT, H. Tristam – *op. cit.*, p. 386: «O direito de ser informado não implica uma obrigação de ser informado. Nem cria, da parte do médico, uma obrigação absoluta de informar. Requer apenas que se ofereça ao paciente a oportunidade de obter informação».

²⁵⁵ «A revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar».

declarações ou atitudes reveladoras dessa vontade. Deste modo, a recusa da informação pode ser expressa ou tácita, mas terá sempre de ser inequívoca, ou seja, o profissional de saúde não poderá ocultar informação do utente apenas porque ele adotou comportamentos que poderão indicar – mas que não indicam indubitavelmente – que não deseja receber informação.²⁵⁶

Esta breve análise não estaria completa se não referíssemos que também este direito à recusa da informação pode ser limitado quando, em concreto, colida com outros direitos e interesses, sejam eles da própria pessoa doente, de terceiros ou da sociedade em geral. Pense-se no caso em que o paciente tem uma predisposição para uma determinada patologia, podendo, se dela tiver conhecimento, adotar certos comportamentos que atenuarão os seus efeitos ou evitarão o seu surgimento. Em relação à saúde de terceiros, um caso paradigmático é o dos indivíduos infetados com o vírus da imunodeficiência humana. Nestes casos, sendo possível conter a transmissão do vírus através da abstenção ou adoção de determinados comportamentos, não será lícito ao profissional de saúde ocultar do utente a sua situação clínica. Por fim, no caso de epidemias, poder-se-á colocar a questão da defesa da própria coletividade, surgindo neste campo outros aspetos que já extravasam o nosso universo de estudo, como a dos tratamentos compulsivos.²⁵⁷

Por último, deparamo-nos com o instituto do privilégio terapêutico, consagrado, entre nós, no artigo 157º do CP e artigo 3º, nº 2 da Lei de Informação de Saúde.²⁵⁸ No plano internacional, podemos encontrar a sua base legal no artigo 10º nº 3 da CDHB. Trata-se de um instituto reconhecido também em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o

²⁵⁶ Vd. PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 468, que nos dá conhecimento de uma decisão do Supremo Tribunal Austríaco que considera não poder o médico deduzir da ausência de perguntas do paciente um desejo de não receber mais informações.

²⁵⁷ CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 502; HIERRO, José Manuel Fernández – *op. cit.*, p. 169.

²⁵⁸ «O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado» [itálico nosso].

espanhol,²⁵⁹ o francês²⁶⁰ e o estado-unidense.²⁶¹ No domínio da fundamentação ética, ele resulta da justa ponderação realizada pelo profissional de saúde entre o princípio da autonomia do paciente e o princípio da proteção do mesmo. É uma questão que se coloca, frequentemente, no domínio da transmissão das “más notícias”, ou seja, do diagnóstico de uma doença grave com um prognóstico reservado.²⁶²

O busílis da questão está, contudo, nas diferentes ponderações que frequentemente se podem aduzir.²⁶³ Com efeito, fala-nos André Gonçalves Dias Pereira, a este respeito, de uma «clivagem entre o pensamento dos países latinos e a cultura anglo-saxónica»,²⁶⁴ privilegiando aquele, com frequência, o princípio da beneficência e defendendo esta a transmissão da verdade absoluta ao paciente.

Na verdade, o privilégio terapêutico permite a um profissional de saúde eximir-se licitamente a transmitir ao paciente uma informação suscetível de lhe causar, na terminologia do CP, um dano grave de saúde física ou psíquica ou um perigo de vida.²⁶⁵ Por exemplo, se um paciente está internado com graves problemas cardíacos, sendo previsível que venha a sofrer um enfarte do miocárdio se receber uma “má notícia”, o

²⁵⁹ O artigo 5, nº 4 da Ley 41/2002, de 14 de novembro, dispõe que uma das limitações do direito à informação do paciente é o «estado de necesidad terapéutica».

²⁶⁰ *Vd. os acórdãos da Cour de Cassation*, primeira câmara civil, de 7 de outubro de 1998 e de 23 de maio de 2000, citados por CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 500.

²⁶¹ Vaja-se o caso *Canterbury v. Spence*.

²⁶² *Cf. BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F. – op. cit.*, pp. 84 e 285 ss; ENGELHARDT, H. Tristram – *op. cit.*, pp. 389 considera que o privilégio terapêutico se assemelha a uma situação de urgência «em que o paciente não pode ser consultado, porque o próprio facto de transmitir a informação tornaria impossível a decisão necessária», considerando, contudo, ser possível, por acordo prévio, que o paciente dispense os benefícios do privilégio terapêutico.

²⁶³ VIEIRA, Margarida – *op. cit.*, p. 237, nota, a este respeito, que «estar *adequadamente* informado não é a mesma coisa que estar *totalmente* informado». A questão está, pois, na determinação concreta do que é a informação adequada.

²⁶⁴ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O Consentimento...*, p. 460.

²⁶⁵ O preceituado no artigo 157º do CP refere-se, apenas, à comunicação do diagnóstico. Contudo, parece-nos defensável que também se aplique a outras informações, desde que suscetíveis de causar um tal dano. Seguimos, neste ponto, o argumento apresentado por RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 43: «Há aqui um nítido *favor vitae vel salutatis*, perfeitamente consentâneo com a dignidade da pessoa humana, de que, aliás, é tributário, pois de outra forma verificar-se-ia uma hétéro-colocação em perigo do paciente pela ordem jurídica através do próprio médico, o que seria insustentável».

profissional de saúde está autorizado a ocultar-lhe a gravidade do seu estado.

Parece-nos que essencial é que os profissionais de saúde não se escusem da responsabilidade de transmitir de modo adequado a informação devida aos seus pacientes com base em fatores que são extrínsecos a estes, ou seja, que a ocultação da verdade não se faça por motivos de incapacidade da transmissão, mas por genuína preocupação com o bem-estar do doente.²⁶⁶ Por isso, a utilização do privilégio terapêutico será absolutamente excecional,²⁶⁷ impedindo-se a sua transmutação numa mera desculpa para uma opção mais confortável e desresponsabilizante daqueles a quem incumbe a transmissão das “más notícias”.²⁶⁸

De todo o modo, o instituto do privilégio terapêutico é da maior utilidade e justifica-se precisamente pelo reconhecimento de que a transmissão da informação é, ela própria, um ato terapêutico.

²⁶⁶ Assim, alerta-nos OSSWALD, Walter – *op. cit.*, p. 36: «a ocultação da verdade corresponde, mais vezes, a uma inconsciente recusa do médico a aceitar o sofrimento e morte do seu doente do que a uma atitude compassiva e piedosa. O médico confronta-se, no diagnóstico infausto do padecimento do seu doente, com a sua própria impotência para alcançar o objetivo primordial de aliviar, confortar, curar, manter a vida; mais ainda, a previsão da morte do paciente vem lembrar-lhe, de forma aguda, a sua própria vulnerabilidade e finitude. O caráter stressante da atividade de médicos e enfermeiros que lidam prioritariamente com doentes terminais, bem estudado e reconhecido na literatura especializada, vem confirmar este aspeto da pesada missão dos profissionais de saúde».

²⁶⁷ Como, de resto, decorre do artigo 3º, nº 2, 2ª parte da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro. Neste sentido manifestam-se também, entre outros, *idem, ibidem*, p. 37; NUNES, Rui – *op. cit.*, p. 33: «Só excecionalmente, e tendo por base o princípio da não-maleficência, é legítimo não informar o paciente com a sinceridade desejável (privilégio terapêutico). Este conceito aplica-se apenas quando esteja em causa a possibilidade de causar dano físico ou psicológico considerável ao paciente, a ponto de ser legítimo ocultar parcial ou totalmente a verdade».

²⁶⁸ Face ao exposto, causa-nos especial estranheza o artigo 17º nº 2 do CDOMD, segundo o qual «em caso de prognóstico grave, é lícito ao médico dentista omiti-lo ao doente, devendo, contudo, dar dele conhecimento à família, ou ao legal representante». Cremos que a letra do preceito não permite uma interpretação conforme à lei, nem – diga-se –, conforme à própria CRP. Com efeito, além de infringir o disposto no artigo 157º CP, também fere o direito à reserva da intimidade da vida privada, positivado no artigo 26º da CRP, ao impor o dever deontológico de comunicar à família as informações sobre o estado de saúde do paciente, sem a sua autorização. Também não compreendemos como se poderá conciliar o conteúdo bizarro deste artigo com o artigo 21º do CDOMD, referente ao sigilo profissional.

1.3. Do direito à informação para além do consentimento

Até este ponto temo-nos vindo a referir à informação enquanto condição de um consentimento livre. No entanto, mesmo no âmbito de uma relação terapêutica, a informação pode ser relevante noutros contextos, que não o do consentimento.

Desde logo, o paciente tem direito a obter informação sobre os serviços de saúde de que pode usufruir e que melhor se adequam à sua situação. Neste sentido, a base XIV da Lei de Bases da Saúde vem estabelecer o direito dos utentes a «escolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores». Ora, uma escolha implica informação prévia sobre tais serviços. A quem cabe prestar tal informação? Parece-nos que, desde logo, esta obrigação recairá sobre o Estado, na prossecução da atividade administrativa no domínio da saúde, ou seja, através do Ministério da Saúde, no qual se enquadram vários serviços de administração direta e indireta do Estado. No entanto, também se alarga a todos os profissionais de saúde. Isto mesmo vem consagrado no artigo 84º, alínea d) do EOE, que impõe aos enfermeiros a obrigação de «informar sobre os recursos a que a pessoa pode ter acesso, bem como sobre a maneira de os obter».

Por outro lado, existe também o direito de acesso a documentação de saúde, com particular relevância para a informação de saúde, atualmente regulada pela Lei de Informação de Saúde. De acordo com o artigo 2º deste diploma, a informação de saúde «abrange todo o tipo de informação direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar». No artigo seguinte, o legislador esclarece que a informação de saúde inclui «os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos» e que toda a informação de saúde é «propriedade da pessoa, sendo as unidades do sistema de saúde os depositários da informação».

O uso da expressão “propriedade” não deixa de causar estranheza, face ao artigo 1302º do CC. No entanto, parece-nos que a intenção do legislador terá sido a de sublinhar, com uma expressão mais forte e invocativa de um direito real, que a titularidade (expressão mais rigorosa para descrever o laço de pertinência entre uma coisa incorpórea – como é a informação – e uma pessoa) dos dados de saúde de um indivíduo pertencem ao próprio. Subjacente à necessidade de enfatizar esta titularidade, poderá estar, como sugere Sérgio Deodato,²⁶⁹ uma alteração de paradigma, porquanto se assume que pertence ao utente dos serviços de saúde uma informação que anteriormente se considerava pertencente aos profissionais de saúde ou aos serviços de saúde.

Na verdade, não pode deixar de causar alguma perplexidade que o novo CDOM, aprovado apenas três anos após a entrada em vigor da LIS, ainda disponha, no nº 3 do seu artigo 100º, que «o médico é o detentor da propriedade intelectual dos registos que elabora, sem prejuízo dos legítimos interesses dos doentes e da instituição à qual eventualmente preste os serviços clínicos a que correspondem tais registos». Disposição semelhante encontra-se no artigo 20º do CDOMD.²⁷⁰ Ora, constituindo os registos dos profissionais de saúde aquilo que a LIS designa como “dados clínicos registados”, e atribuindo a sua propriedade à pessoa a que se referem tais registos, não poderemos chegar a outra conclusão que não a da ilegalidade destas normas deontológicas.

O reconhecimento da titularidade da informação de saúde ao utente dos serviços de saúde assume especial relevância no caso em que o profissional de saúde comete algum erro, ou em que existe a suspeita de o ter cometido. Com efeito, é através do processo clínico e de toda a informação aí contida que o paciente, com a eventual ajuda de peritos da

²⁶⁹ Cf. DEODATO, Sérgio – *Direito à Saúde*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 147.

²⁷⁰ Artigo 20º do CDOMD:

- «1. O médico dentista deve ter um arquivo onde figurem todos os seus doentes.
2. O arquivo é propriedade do médico dentista.
3. Deve ser aberta uma ficha clínica para cada doente, devidamente atualizada, onde constem identificação do médico dentista que realizou o tratamento, os dados pessoais do doente, o passado médico e dentário do doente, observações clínicas, diagnósticos e tratamentos.
4. O acesso à ficha clínica e a divulgação dos seus elementos consideram-se no âmbito do sigilo profissional».

sua confiança, vai conseguir reconstituir todo o percurso decisório do profissional de saúde, por forma a poder julgá-lo e, com base num juízo de adequação ou inadequação das práticas do profissional de saúde face àquilo que dele seria exigível, poderá decidir acionar a garantia dos seus direitos enquanto paciente. O modo como a informação de saúde se constitui e como é feito o acesso à mesma serão objeto de estudo no próximo capítulo.

O paciente também tem direito a ser informado sobre os profissionais de saúde que o assistem, ou seja, a saber qual é a sua formação profissional e experiência. Com efeito, as Ordens Profissionais colocam ao dispor da população essa informação, com a dupla finalidade de, por um lado, proporcionar uma escolha mais esclarecida ao utente dos serviços de saúde e, por outro, fornecer-lhe um meio idóneo para confirmar que o indivíduo que se apresenta como enfermeiro, farmacêutico, médico, médico dentista ou psicólogo, de facto, está habilitado para o exercício de tal profissão.²⁷¹

Por fim, parece-nos que o utente dos serviços de saúde também tem o direito à informação sobre o custo dessa intervenção ou tratamento. Referimo-nos aqui ao custo pois, frequentemente, esse valor não equivale à contrapartida que é exigida a quem usufrui dos cuidados de saúde, sendo manifestamente superior a esta. No âmbito dos contratos de seguro de saúde ou de subsistemas de saúde já é muito comum, na fatura da prestação do serviço, a discriminação do que coube ao utente pagar e do que ficou a cargo do seguro ou do subsistema de saúde. O mesmo já não sucede com a utilização de serviços no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, em que o custo da intervenção ou tratamento não chega, habitualmente, ao conhecimento do utente. Não temos notícia de nenhuma intervenção legislativa neste sentido.

²⁷¹A Ordem dos Médicos, numa clara aproximação aos cidadãos, disponibiliza, a partir do seu sítio eletrónico, o nome e especialidade dos médicos inscritos (<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=listamedicos>).

2. Terceiros e a informação de saúde

Neste ponto, coloca-se a possibilidade de informar terceiros sobre a saúde do paciente, salientando-se a questão da informação aos familiares da pessoa doente. Na verdade, a família, enquanto organização básica da sociedade, onde o indivíduo adquire um conjunto de crenças e valores, assume um papel único no contexto dos cuidados de saúde.²⁷² Neste sentido, durante muito tempo, tendeu-se a identificar o utente dos cuidados de saúde com os seus familiares mais próximos, divulgando-se indiscriminadamente a informação relativa àquele.

Na verdade, em Espanha, o artigo 10.5 da *Ley General de Sanidad*²⁷³, só foi revogado em 2002, pela *Ley* 41/2002, de 14 de novembro, extinguindo-se desta forma o preceito que determinava ser a informação devida ao paciente e aos seus familiares ou próximos. O mesmo caminho foi percorrido em França e na Itália.²⁷⁴

Em Portugal, até há bem pouco tempo, poderia ler-se no artigo 38º, nº 1 do CDOM que “o médico deve procurar esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar”. Este código foi revogado em 2008 e foi aprovado um novo código deontológico, que condiciona a revelação do diagnóstico e do prognóstico a terceiros (incluindo nestes os familiares),

²⁷² Sobre este tópico, *vd.* RIBEIRO, Cristina – *Família, saúde e Doença. O que diz a investigação*, in “Repositório da Universidade de Lisboa” [em linha], [consult. 2012-14-01]. Disponível na *www*: <URL: <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/5641>>. A autora faz uma revisão da literatura existente sobre a família no contexto da saúde e da doença e conclui que esta intervém, direta ou indiretamente, em vários aspetos desse contexto, sendo o principal fator na adoção, manutenção ou alteração de estilos de vida com repercussões na saúde, como a dieta, o exercício físico ou o tabagismo, mas constituindo também um dos maiores potenciadores de situações patológicas, quando se transforma em fator de *stress*, o que sucede com a morte de um familiar próximo. A autora também refere que vários estudos apontam que em cada família existe «um perito de família para assuntos que tem que ver com a saúde dos seus elementos», ou seja, a família também é um fator essencial na tomada de decisão de recurso aos cuidados de saúde. Por fim, a autora salienta a importância cientificamente comprovada da família, enquanto rede de apoio e estímulo, tanto no caso de doenças agudas como crónicas.

²⁷³ *Ley* 14/1986, de 25 de abril, que sofreu até à data da redação deste trabalho quinze modificações, das quais treze tiveram lugar na última década.

²⁷⁴ *Cf.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado...*, p. 207.

ao consentimento expresso do doente.²⁷⁵ Pode-se concluir, portanto, que a autodeterminação do doente e o dever de respeito pelo seu direito à reserva da intimidade, constitucionalmente protegido pelo artigo 26º da CRP, foram reforçados com estas alterações.

Significará esta afirmação uma absoluta ausência da transmissão da informação a terceiros, no âmbito do processo terapêutico? Parece-nos que não, por vários motivos, que serão diferentes consoante o papel que terceiro assume naquele processo. Contudo, antes de procedermos ao desenvolvimento dos fundamentos do dever de informar terceiros, cremos ser importante explicar *quem* consideramos serem, para este efeito, os terceiros relevantes.

2.1. Terceiros relevantes: sobre um conceito de família adaptado aos contextos de saúde

No início da nossa investigação, equacionamos a questão da informação aos familiares, entendendo estes no sentido corrente do termo, que equivale, *grosso modo*, ao sentido jurídico.

No entanto, cedo nos apercebemos que o conceito de família a ser adotado no âmbito da informação em saúde não pode ser o mesmo que decorre do artigo 1576º do CC e que limita as fontes das relações familiares ao casamento, parentesco, afinidade e adoção. Nem tão-pouco nos parece que bastará alargar a noção de família às chamadas relações parafamiliares, recentemente reconhecidas pelo legislador e assim denominadas pela doutrina.²⁷⁶

²⁷⁵ Artigo 50º nº 4 do CDOM.

²⁷⁶ Veja-se, por exemplo, a Lei nº 6/2001, de 11 de maio que adota as medidas de proteção de pessoas que vivam em economia comum e a Lei nº 7/2001, de 11 de maio que adota medidas de proteção das uniões de facto. Na doutrina, *cf.*, entre outros, VARELA, João de Matos Antunes – *Direito da Família*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1982, p. 19-42; COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2008, p. 34-35: «As relações mencionadas no art. 1576.º CCiv são as verdadeiras e próprias relações de família; ao lado delas, porém, há outras que, não merecendo essa qualificação, são conexas com relações de família, estão equiparadas a elas para determinados efeitos ou são condição de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal e às relações de

De facto, o modelo de família e os laços que a unem têm-se vindo a alterar há já alguns séculos, embora as consequências dessas alterações se tenham evidenciado desde a segunda metade do século passado.

O instituto jurídico da família surgiu como uma instituição com funções políticas e sócio-económicas que justificavam uma forte intervenção estadual, justificada pelo interesse que a estabilidade familiar representava para o bem comum.²⁷⁷ Não obstante, a verdade é que hoje em dia se considera, também no plano jurídico, que a família é, essencialmente, um espaço privilegiado de realização individual e de partilha de afetos,²⁷⁸ verificando-se uma grande volatilidade nas relações familiares.²⁷⁹

Por todos estes motivos, é evidente que a família *de facto*, enquanto instituição sociológica, nem sempre corresponde à família *de iure*, cujas relações derivam das fontes estabelecidas pela lei civil.

Ora, em matéria de informação de saúde, cremos que o conceito de família terá de ser aqui distinto do conceito jurídico, precisamente por relevarem as relações pessoais de confiança e afeto, que nem sempre corresponderão às relações familiares estabelecidas pelo Direito. Com efeito, a prestação de informação em saúde a terceiros deverá ser prestada àqueles que designamos como “pessoas significativas”²⁸⁰ e

parentesco, afinidade e adoção. A união de facto e a vida em economia comum são as mais características destas relações, a que chamamos “parafamiliares” [...].

²⁷⁷ COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de – *op. cit.*, p. 101-109.

²⁷⁸ Com efeito, pode ler-se no ponto I da exposição de motivos do projeto de lei n.º 509/X, que está na base da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro (novo regime do divórcio): «Liberdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afetividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver, eis os fundamentos do casamento nas nossas sociedades». No mesmo sentido, *cf.* COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *op. cit.*, p. 99-109.

²⁷⁹ *Vd.* GLENDON, Mary Ann – *The New Family and the New Property*, Canada, Butterworths, 1981, p. 11-19. A autora fala sugestivamente em “loose bonding” para qualificar a facilidade de alteração dos laços familiares, caracterizados cada vez mais por intensas emoções, em detrimento das preocupações patrimoniais; no mesmo sentido, mas em particular no que se refere ao casamento, *vd.* MACHADO, Jónatas E. M. – *A (in)definição do casamento no Estado constitucional: fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática*, in «Família, Consciência, Secularismo e Religião», Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 15.

²⁸⁰ A escolha desta expressão não foi casual. Este é o conceito de família utilizado pelos profissionais de enfermagem em todo o mundo, como resulta da Classificação Internacional para as Práticas de Enfermagem, que define a família como «unidade social ou todo coletivo composto por pessoas ligadas através de consanguinidade, afinidade, relações emocionais ou legais, sendo a unidade ou o todo considerados como um

apenas a esses, independentemente de serem familiares no sentido do artigo 1576º do CC. De modo inverso, também se deve entender que não é devida, em princípio, qualquer informação sobre a saúde do utente ao cônjuge, parente, afim ou adotado que não seja uma “pessoa significativa”, ou seja, que não tenha sido autorizado pelo paciente a receber essa informação. Não se trata, pois, de uma mera extensão do conceito jurídico de família, mas poderá significar também uma restrição, razão pela qual defendemos a adoção de um conceito de família diverso do conceito jurídico.

Debruçamo-nos, agora, sobre a questão da transmissão de informação sobre a saúde do paciente à sua família. Neste ponto, há que distinguir duas situações que merecem um tratamento diferenciado.

Por um lado, podemos estar perante o familiar-representante. É o caso em que o paciente não tem capacidade para prestar o consentimento informado, enquanto ato de autonomia que lhe permite assumir o risco da intervenção clínica e, conseqüentemente, excluir a ilicitude de uma atuação do profissional de saúde que, de outro modo, seria arbitrária. Assim, embora o incapaz deva ser informado e a sua opinião considerada, na medida do possível, pelo profissional de saúde, não se pode excluir a prestação de informação a quem tem a capacidade para consentir, que é o seu representante legal. Neste caso, o fundamento da

sistema que é maior do que a soma das partes» (disponível em: http://icnp.clinicaltemplates.org/icnp/v3_0/10007554/. Consultado a 03-05-2012). Do mesmo modo, pode ler-se no documento «Padrões de Qualidade dos Cuidados de Enfermagem» do Conselho de Enfermagem da Ordem dos Enfermeiros, de 2001, p. 8, que «a relação terapêutica promovida no âmbito do exercício profissional de enfermagem caracteriza-se pela parceria estabelecida com o cliente, no respeito pelas suas capacidades e na valorização do seu papel. Esta relação desenvolve-se e fortalece-se ao longo de um processo dinâmico, que tem por objetivo ajudar o cliente a ser proactivo na consecução do seu projeto de saúde. Várias são as circunstâncias em que a parceria deve ser estabelecida, envolvendo as pessoas significativas para o cliente individual (família, convivente significativo)». Pessoa significativa corresponde a um membro da família, entendida esta num sentido amplo, que não meramente legal, mas também afetivo. Como veremos *infra*, p. 132, a informação devida à família assume particular relevância no âmbito desta profissão. No entanto, também é frequente encontrar na literatura especializada na área da saúde expressões que nos remetem para a adoção de um conceito de família nos moldes que temos vindo a defender. Por exemplo, no já citado artigo de RIBEIRO, Cristina - *Família, saúde e Doença. O que diz a investigação*, a autora utiliza expressões como «a maioria das pesquisas sobre parceiras de pacientes» (p. 303) ou «Vários estudos comprovam que o envolvimento dos parceiros em dietas preconizadas contribui e tem um efeito positivo na redução do peso e manutenção do mesmo a longo prazo» (p. 302).

obrigação de informar é o mesmo da obrigação de informar o paciente capaz para consentir, pelo que remetemos para o que ficou dito no ponto anterior deste capítulo.

Por outro lado, podemos estar a falar do familiar-cuidador.²⁸¹ Esta situação ocorre, sobretudo, no caso de doenças crónicas ou prolongadas, que podem – e devem – ser tratadas no domicílio e que requerem uma atenção constante. Em tais situações, é muito comum que os familiares assumam a tarefa de cuidadores, assistindo os seus membros mais vulneráveis nas suas necessidades de saúde e tornando-se, por isso, participantes no plano terapêutico delineado pelos profissionais de saúde.

2.2. Os representantes legais

Para que o consentimento do utente dos serviços de saúde a um tratamento ou intervenção seja válido, é necessário que se cumpram certos requisitos,²⁸² entre os quais a sua capacidade para decidir.

É de crucial relevância compreender que as decisões sobre as terapêuticas a adotar no âmbito da saúde se referem ao campo específico dos direitos pessoais. Tal especificidade exige uma orientação por regras diferentes daquelas que existem no direito civil, nomeadamente no que se refere ao regime das incapacidades, a saber, da interdição e da inabilitação.

²⁸¹ Sobre a função assistencial da família e os desafios que hodiernamente se colocam, cf. PORTUGAL, Sílvia – *Família e política social em Portugal*, in «Direito da Família e Política Social: atas do Congresso Internacional organizado de 1 a 3 de outubro de 1998 pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto)», org. SOTTOMAYOR, Maria Clara/TOMÉ, Maria João, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 24-25: «Sendo, tradicionalmente, as grandes prestadoras de cuidados, as famílias deparam-se hoje, no nosso país, com problemas complexos ligados ao aumento da população dependente (os idosos, por exemplo) e à crescente diminuição de recursos para prestação de cuidados, dado o aumento da participação feminina no mercado de trabalho». No mesmo sentido, SARACENO, Chiara/NALDINI, Manuela – *Sociologia da Família*, 2ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 2003, p. 339-341.

²⁸² BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F. – *op. cit.*, p. 79, indicam como elementos do consentimento a capacidade do sujeito (competence), a transmissão da informação (disclosure), a compreensão da informação (understanding), a ausência de coerção (voluntariness) e a decisão (consent). Veja-se, também, ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 18.

Com efeito, a capacidade para consentir em intervenções terapêuticas deverá ser aferida pelo próprio profissional de saúde. Não é por se tratar de um menor ou de uma pessoa interdita ou inabilitada que, *ipso facto*, tal indivíduo deverá ser excluído das decisões relativas aos seus próprios cuidados de saúde.²⁸³ Como explica Alexandra Antunes, é necessário verificar, caso a caso, se o paciente é «capaz de compreender a informação, de decidir relativamente às escolhas possíveis e de comunicar a sua decisão».²⁸⁴ Se é evidente que uma criança de tenra idade não tem capacidade para decidir o que é do seu melhor interesse, já não se pode fazer tal afirmação de forma absoluta no caso de adolescentes, nem no caso de indivíduos que sofrem de doença mental.

²⁸³ Com efeito, tem-se vindo a desenvolver uma doutrina da capacidade para consentir que se reporte especificamente às intervenções terapêuticas. A especificidade dos bens jurídicos que estão em causa exigem que se estabeleça um regime muito mais flexível, de natureza casuística. Não é isto que sucede com o regime das incapacidades negociais (menoridade, interdição e inabilitação), que visam sobretudo a proteção do património do incapaz. Também neste sentido, leia-se PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 164: «[...] na edificação dessa figura [consentimento para intervenções médico-cirúrgicas] deve-se partir de uma base bio-psicológica, mas – à semelhança do que hoje se escreve em matéria de imputabilidade penal – a aferição dessa capacidade é radicalmente situacional e casuística, podendo o paciente ser capaz para decidir numa situação e não noutra». Para um tratamento geral da matéria, leia-se *idem, ibidem*, pp. 152-173. Note-se que a consagração legal de uma regime especial para o consentimento de limitação de bens jurídicos pessoais poderia trazer vantagens ao nível da certeza jurídica e de uma maior consciencialização da questão, mas não nos parece que a sua falta seja impeditivo de uma prática conforme ao que se vem defendendo, como o demonstra, entre outros, ALMEIDA, Filipe – *Ética em pediatria*, in “Ética em Cuidados de Saúde”, org. SERRÃO, Daniel/NUNES, Rui, Porto, Porto Editora, 1998, p. 53: «[...] sendo exigível aos pais o consentimento quando se trate de doentes em idade pediátrica, sempre que a criança esteja em condições de poder opinar, este deve também ser solicitado» e o autor continua, muito para além do Direito, «[...] a aquisição do direito à autonomia é, do ponto de vista legal, estática, momentânea [...] mas, numa perspetiva ética, temos de entender esta aquisição imbuída de uma dinâmica própria, ininterrupta, que se inicia talvez já na conjugação gamética e se completa na vida adulta». Parece-nos que, neste ponto, cabe-nos a nós, juristas, levar o Direito a percorrer a distância que o possa separar da Ética, pois só assim será possível preservar a dignidade do paciente. Neste sentido, a aceitação de um instituto de consentimento específico para estas situações será um caminho possível. Veja-se, ainda, ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 26: «Relativamente aos casos de doença mental (depressão, por exemplo), o paciente, de um modo geral, pode ter condições para dar o seu consentimento informado».

²⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 27. Para um aprofundamento desta matéria, *vd.* OSSWALD, Walter – *op. cit.*, pp. 38-40. Na senda deste entendimento, em Espanha existe legislação autonómica – o Decreto 49/2009, de 3 de março, da *Consejería de Salud de la Junta de Andalucía* – que exige, para o caso das intervenções não terapêuticas efetuadas em menores, a realização de um exame psicológico com o objetivo de aferir a maturidade do menor para aquela intervenção. *Vd.* CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 507.

Repare-se, inclusive, que estes últimos poderão ter períodos de incapacidade, a que se sucedem fases de lucidez.²⁸⁵

Não obstante estas questões, que são acessórias ao nosso estudo,²⁸⁶ sempre existirão indivíduos que, de facto, não têm capacidade para decidir sobre o valor que, para si, poderá ter uma determinada intervenção terapêutica. Basta pensarmos nas crianças, nas pessoas com a capacidade cognitiva diminuída ou em indivíduos com certas doenças mentais.

Nestes casos, é frequente que a decisão inclua a autorização de alguém próximo do paciente e que o represente, sendo-lhe, por isso, devida a informação que lhe permita decidir no sentido de autorizar ou não determinada intervenção ou tratamento. Apesar disso, parece-nos essencial que se compreenda que, na relação terapêutica, o paciente não é inteiramente substituído pelo seu representante, ou seja, continuam a ser devidas as informações adequadas ao paciente e este deve, inclusivamente, ser ouvido na tomada de decisão. Deste modo, o direito do paciente à informação não desaparece pelo simples facto de que não lhe cabe inteiramente a decisão sobre os seus cuidados de saúde.

Assim, do ponto de vista legal, o direito à informação do representante do doente decorre das normas que impõem a autorização deste para a prossecução dos tratamentos médico-cirúrgicos na pessoa do representado.

Com efeito, o artigo 6º da CDHB vem estabelecer os critérios de atuação com vista a proteger os indivíduos que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento, sendo eles, o benefício direto²⁸⁷ do paciente, a autorização do representante legal e a opinião do incapaz.²⁸⁸

²⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 518-533.

²⁸⁶ Com efeito, embora seja impossível desviarmo-nos da questão do consentimento, pela importância que a informação aí assume, enquanto condição da validade do mesmo, o estudo dos requisitos do consentimento é incidental e não principal.

²⁸⁷ Artigo 6º, nº 1 da CDHB: «Sem prejuízo dos artigos 17.o e 20.o, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efetuada em seu benefício direto».

²⁸⁸ Com referência explícita a estes critérios veja-se DEODATO, Sérgio – *Direito à Saúde*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 136-138.

²⁸⁹ cremos que esta é a norma principal em matéria de representação nos cuidados de saúde, pois é a única no nosso ordenamento jurídico que foi redigida considerando, especificamente, este caso. Tal justifica uma breve análise da mesma, seguida da sua articulação com outros preceitos nacionais relevantes.

O n.º 1 do artigo 6.º da CDHB consagra, como critério primordial das decisões em saúde, o benefício direto do paciente. Trata-se de um conceito indeterminado, a ser atualizado e preenchido valorativamente pelos decisores face a cada época, tendo em conta as evoluções técnicas e científicas do campo da biomedicina, assim como as conceções culturais sobre a doença e a vulnerabilidade. É um critério que se aplica, de forma indistinta, tanto a menores de idade, como a maiores incapazes.

O n.º 2 do mesmo artigo refere, especificamente, os critérios a aplicar nas situações em que a incapacidade resulta da menoridade estabelecida na lei. São eles a autorização de um «representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada na lei» e a opinião do menor.

Relativamente ao primeiro critério – a autorização do representante – trata-se de uma condição da própria intervenção, ou seja, ela não deverá ser realizada sem que haja tal autorização. No nosso ordenamento jurídico, a representação legal dos menores caberá aos seus pais, no âmbito das responsabilidades parentais, como decorre do artigo 1878.º do CC. Na verdade, de acordo o que aí se dispõe, integra o conteúdo das responsabilidades parentais «velar pela segurança e saúde [dos filhos]». Infelizmente, haverá sempre casos em que os pais do menor não podem exercer tais responsabilidades, pelo que o tribunal designa uma terceira pessoa ou um estabelecimento de educação ou assistência para atuarem como representantes legais dos menores, nos termos do artigo 1918.º do CC.

²⁸⁹ A CDHB distingue a situação do menor (prevista no artigo 6.º, n.º 2) da do maior que carece de capacidade para consentir (prevista no artigo 6.º, n.º 3), mas cria uma solução material muito semelhante, com os mesmos critérios de autorização do representante e de opinião do incapaz, embora nesta última pareça enfatizar, no caso do menor, a sua gradual autonomia, ao dizer que «a opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade».

Note-se que, como representantes, as pessoas a quem cabe a autorização para uma determinada intervenção ou tratamento devem fazê-lo, sempre, em benefício do representado, aparecendo o direito à informação aí como dimensão de um direito-dever, ou seja, com algo devido para o exercício de uma faculdade concedida pela lei para o cumprimento de uma função específica, que é a de decidir quais os cuidados de saúde que melhor se adequam ao representado. No entanto, os representantes legais nunca poderão decidir contra o benefício direto do paciente. Assim, se a decisão do representante legal colocar em risco a vida ou a saúde do menor, existem mecanismos legais para proteger aquele que é o seu interesse na salvaguarda desses bens.

Tais mecanismos variam consoante a urgência da situação. Deste modo, se os tratamentos ou intervenções não são urgentes, mas a sua falta acarretar um perigo para a saúde do menor, deverá o profissional de saúde dar conhecimento da situação ao Ministério Público (ou a alguma das pessoas referidas pelo artigo 1915º, nº 1 do CC), para que possam requerer ao tribunal a providência adequada, que, neste caso, nos parece ser a confiança do menor à instituição de saúde ou profissional de saúde que o assiste. Porém, se o tratamento ou intervenção é urgente, a lei prevê um mecanismo mais expedito para ultrapassar o dissentimento dos representantes legais nos artigos 91º e 92º da Lei nº 147/99, de 1 de setembro (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo). Deste modo, o tribunal terá de decidir num prazo de quarenta e oito horas, sendo legítima a intervenção das autoridades para evitar qualquer potenciação da situação de perigo. Contudo, pode ainda suceder que o tratamento ou intervenção sejam de tal modo urgentes que não é possível, sequer, tomar estas medidas. Nesse caso, o profissional de saúde deverá orientar a sua decisão, apenas, pelo dever deontológico que lhe cabe de assistir todos aqueles cuja vida ou integridade física estejam em perigo, dever esse que assume dignidade penal, com a tipificação do crime de recusa

de médico, pelo artigo 284º do CP, o que se realiza através da atuação conforme ao benefício direto do menor.²⁹⁰

Neste ponto, é pertinente determinarmos o que se entende por menoridade. É menor, para efeitos de consentimento em saúde, aquele que tem idade inferior a dezasseis anos. Acolhendo o nosso ordenamento jurídico o princípio da autonomia progressiva do menor,²⁹¹ existem maioridades diferentes, consoante a natureza do ato a praticar. Parece fazer mais sentido fixar aqui a idade nos dezasseis anos, em vez dos dezoito estabelecidos pelo artigo 122º do CC, pois é essa a idade que o CP estabelece para a prática do consentimento, no âmbito do artigo 38º, nº 3.²⁹² No entanto, não basta o critério da idade. É ainda necessário que o indivíduo possua «o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta». Parece-nos que esta avaliação deverá ser realizada por um profissional de saúde, com os instrumentos que, à época da avaliação, sejam os mais adequados.

No que concerne aos maiores incapazes, determina o nº 3 da CDHB que também é necessária a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada na lei. No ordenamento jurídico português não existe um regime especialmente pensado para o caso em que falta a capacidade para consentir em saúde. Alguns autores defendem a importância da criação de um instituto de capacidade para consentir em cuidados de saúde, o que nos parece que seria de grande valia, sobretudo pelo estabelecimento de um regime mais flexível e adequado em matéria de intervenções e tratamentos de saúde, que requerem um tratamento casuístico, por oposição àquele que é o da incapacidade negocial, pensada sobretudo para atos de natureza patrimonial.²⁹³

²⁹⁰ SILVA, Maria de Fátima Araújo da – *Autonomia do menor e representação legal no acesso a cuidados de saúde*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006. 127 f, tese de mestrado, p. 91-99.

²⁹¹ Com efeito, é este o princípio que preside, por exemplo, ao artigo 127º do CC.

²⁹² *Idem, ibidem*, p. 82-83.

²⁹³ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *O Consentimento...*, p. 148-174. O autor afirma mesmo que se trata «de uma lacuna do sistema jurídico, que necessita de ser preenchida».

Na verdade, segundo estes institutos, seriam considerados incapazes os interditos e os inabilitados, aplicando-se as normas dos artigos 138º a 156º do CC.²⁹⁴ Damos aqui especial ênfase ao artigo 145º do CC, que impõe ao representante legal do interdito (aplicável, *mutatis mutandis*, à inabilitação, *ex vi* artigo 156º CC) um especial dever de cuidar da saúde do mesmo, legitimando-se a prática de atos, nomeadamente atos de disposição de bens do representado, que sejam instrumentais face àquele dever. Denota-se, neste artigo, a teleologia do próprio instituto da interdição, que é a proteção do incapaz, destacando-se uma especial atenção àquela que é a causa da sua vulnerabilidade: a doença.

Ainda que se recorra à interdição e à inabilitação para tentar encontrar uma solução jurídica para a capacidade de consentir em cuidados de saúde, rapidamente se tornam evidentes as lacunas que se apresentam. Com efeito, na área da saúde, a incapacidade aparece, em muitos casos, como uma incapacidade pontual, pelo que não fará sentido o recurso a estes institutos, de cariz duradouro. O regime da incapacidade accidental, pese embora o artigo 295º do CC, também não nos parece adequado, porquanto foi pensado para situações negociais, e não para atos jurídicos de natureza eminentemente pessoal, como aqueles em que está em causa a capacidade para consentir em cuidados de saúde.

Neste ponto, não podemos deixar de questionar qual é o verdadeiro sentido da autorização do representante legal, uma vez que, afinal, o critério do benefício direto do paciente pode excluir tal autorização. Deste modo, parece que o legislador valoriza a participação do representante legal nos casos em que a sua opinião, em última instância, coincide com o critério clínico do benefício direto do menor, mas deixa de o fazer nos casos em que tal interesse não é salvaguardado. Não seria, pois, mais simples deixar a decisão ao critério do profissional de saúde, uma vez que é a ele que compete, pelo menos em primeira instância, aferir da

²⁹⁴ Relativamente aos inabilitados, sendo tal incapacidade dirigida sobretudo à disposição do património do incapaz, apenas não lhe será possível prestar o consentimento em saúde se tal for especificado na sentença que decreta a inabilitação, de acordo com artigo 153º do CC.

coincidência da posição do representante legal com o benefício/interesse do menor? Embora fosse mais simples, não nos parece que tal decisão pudesse ser satisfatória, pois a teleologia da autorização para o consentimento aparenta ir além do mero assentimento para a prática do ato terapêutico concreto.

Em primeiro lugar, o legislador, ao estabelecê-la como critério da decisão sobre uma determinada intervenção ou tratamento, indica que os representantes legais (previsivelmente, as pessoas mais próximas ao menor e, *maxime*, as pessoas significativas) têm o direito e o dever de participar nas decisões que respeitam à sua vida. Isto resulta de serem quem melhor conhece o menor e quem promove o seu desenvolvimento no quotidiano, pelo que deverão também estar envolvidos no processo terapêutico, aumentando as probabilidades de sucesso dessa intervenção.²⁹⁵

Além disso, em cuidados de saúde, muitas vezes a alternativa terapêutica mais adequada depende das condições de vida concretas do paciente. Por isso, faz todo o sentido fazer depender de um representante, que é sempre alguém que conhece tais condições, a autorização para uma determinada intervenção.

Por último, os representantes legais, estando envolvidos no processo terapêutico, têm a oportunidade de zelar pela qualidade dos cuidados de saúde prestados, pois a sua preocupação com o representado permite-lhes uma atenção individual, que muitas vezes não é possível os profissionais de saúde adotarem.²⁹⁶

²⁹⁵ cremos que é neste sentido que DEODATO, Sérgio – *Direito à Saúde*, p. 138, enfatiza a importância de um consenso entre os três critérios apontados (benefício direto, autorização do representante legal e opinião do incapaz), impondo ao profissional de saúde um dever de promover tal consenso, «procurando que os pais (ou outro representante legal) e o menor concordem com a intervenção planeada segundo o critério do benefício direto». Além disso, como refere RIBEIRO, Cristina – *op. cit.*, p. 300, «Vários estudos de investigação comprovam que a família exerce influência no estado de saúde dos seus membros e que os cuidados de saúde mais eficazes e eficientes serão aqueles em que exista cooperação entre o médico, o paciente e a família».

²⁹⁶ Não podemos deixar de recordar aqui o caso de Safira (veja-se a reportagem “A luta para salvar Safira”, da revista Visão, edição 973). A criança sofria de um tumor de Wilms, um cancro renal muito raro. Após a submissão a tratamentos de quimioterapia e a uma operação, os pais de Safira não consentiram nas sessões de quimioterapia propostas pelo Instituto Português de Oncologia, considerando existir uma alternativa que proporcionaria uma cura mais eficaz, baseada nas descobertas galardoadas com prémio Nobel da Medicina de

Relativamente à informação que deve ser transmitida ao representante legal, o nº 4 do artigo 6º da CDHB determina que deve ser análoga à que é devida ao paciente capaz, nos termos do artigo 5º da CDHB. Todavia, os profissionais de saúde encontram aí o limite da informação a transmitir aos representantes dos incapazes para consentir, ou seja, os representantes legais não têm o direito de acesso a informações que, sendo de caráter clínico, não trazem qualquer aporte para a construção da decisão que lhes incumbe de autorizar ou não determinada terapêutica.²⁹⁷

Por fim, o último critério contido no artigo 6º da CDHB é a participação dos menores ou dos incapazes para consentir na tomada de decisão. Relativamente aos menores, a formulação do nº 2 do referido artigo evidencia a consideração do princípio da autonomia progressiva, erigindo a opinião do menor a um fator de crescente importância na formação da decisão de saúde, em proporção com a sua idade e o seu grau de maturidade. No que concerne aos maiores que não possuem a capacidade para consentir nos cuidados de saúde, diz o nº 3 que eles devem, «*na medida do possível*, participar no processo de autorização», ou seja, a sua opinião também deve ser um fator a considerar na tomada de decisão. Por isso, reiteramos que a informação prestada aos representantes legais não se substitui à que é devida ao representado,

2011. Os profissionais de saúde adotaram os procedimentos já referidos, previstos nos artigos 91º e 92º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e o tribunal ordenou a prossecução dos tratamentos, ainda que contra a vontade dos pais. Sucede que, entretanto, os pais de Safira levaram-na a fazer o tratamento alternativo na Alemanha, tratamento esse que viria revelar-se um sucesso. É também neste sentido que ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 25 defende o alargamento do conceito de autonomia «a toda a estrutura familiar, dado que os pais são, presumivelmente, as pessoas que melhor defendem os interesses dos seus filhos [...] Só quando as suas decisões entram em colisão com o melhor interesse da criança é legítimo questioná-las». Aludindo à existência de um princípio de solicitude, ALMEIDA, Filipe – *op. cit.*, p. 53, escreve: «[a] solicitude é deveras importante quando se trata de substituímos as crianças pelos pais ou seus representantes legais, na concretização da sua autonomia. É por isso que em circunstância alguma se pode aceitar uma decisão parental que cerceie o futuro das crianças de forma absoluta, impossibilitando a sua ascensão à idade do exercício livre da sua autonomia efetiva».

²⁹⁷ Esta característica evidencia-se na prática clínica da psicologia, tendo expressão deontológica no ponto 2.11 do CDOP: «Quando o cliente é uma criança, adolescente ou adulto particularmente indefeso em razão da idade, deficiência, doença ou outras condições de vulnerabilidade, pode partilhar-se com os seus responsáveis legais apenas a informação estritamente necessária para que se possa atuar em seu benefício e em conformidade com a legislação em vigor».

cuja opinião deverá sempre ser considerada pelos profissionais de saúde²⁹⁸. A estes compete promover a participação dos incapazes no processo de construção da decisão sobre a terapêutica a adotar. Evidencia-se, assim, o papel da informação enquanto elemento essencial da relação autêntica e leal que o profissional de saúde deve cultivar com a pessoa doente.²⁹⁹

Por último, note-se que também o n° 3 da base XIV da Lei de Bases da Saúde alude aos direitos dos menores e incapazes para consentir em cuidados de saúde,³⁰⁰ remetendo para outras intervenções legislativas – de que não temos conhecimento – a regulação do exercício dos direitos que lhes assistem, dentro dos limites estabelecidos pelos “princípios constitucionalmente definidos”, que ficam por referir. Contudo, parece-nos que relevará desde logo, o princípio da liberdade, na forma de respeito pela medida da capacidade de autodeterminação existente no incapaz, o que pode ser considerado uma concretização do respeito pelo direito dos incapazes ao livre desenvolvimento da personalidade.

2.3. Os cuidadores informais

Trataremos agora da possibilidade de um direito à informação daqueles que se designam, na linguagem técnica da saúde, *cuidadores*

²⁹⁸ Como decorre, aliás, do preceituado no artigo 6º, n° 2 e 3 da CDHB e 46º, n° 3 do CDOM.

²⁹⁹ Cf. ANTUNES, Alexandra – *op. cit.*, p. 26; ALMEIDA, Filipe – *op. cit.*, p. 53, considerando que «é desejável colocar as questões às crianças particularmente acima dos cinco anos de idade» e ainda OSSWALD, Walter – *op. cit.*, p. 40, equacionando os casos em que não existe representação legal estabelecida: «não deve ser atribuído papel decisório exclusivo a nenhum dos intervenientes no processo, com óbvia exclusão das situações de “emergência” [...] a contribuição do próprio doente (mesmo que a sua capacidade seja apenas parcial, como acontece com crianças em idade escolar e adolescentes, doentes psíquicos, idosos avançados, etc.), eventualmente sob a forma de declaração prévia, não pode deixar de ser tida em conta. Os familiares ou tutores não serão certamente ignorados; e ao pessoal de saúde, nomeadamente aos médicos, caberá a maior quota de responsabilidade neste achar conjunto da solução tecnicamente mais conveniente, terapeuticamente mais promissora, eticamente mais recomendável».

³⁰⁰ É patente, nesta perspetiva, que a incapacidade de que se fala é uma incapacidade natural para o consentimento, que deve ser aferida casuisticamente e que poderá não coincidir com a existência de uma medida judicial que decreta tal incapacidade.

informais, e que podem ser familiares ou não, sendo sempre pessoas significativas³⁰¹ para o doente.

Com efeito, os cuidadores informais assumem, de forma não profissional, a prestação de cuidados de saúde que permitem a manutenção de uma maior qualidade de vida dos doentes que se vêm numa situação de doença crónica ou prolongada vivenciada fora do ambiente hospitalar, portanto, no domicílio.³⁰² Prevê-se que esta seja uma situação cada vez mais comum, devido ao aumento da população idosa, a que se alia o acréscimo da esperança média de vida, fatores que proporcionarão um crescimento do número de idosos dependentes.³⁰³

Ora, o indivíduo comum não tem, à partida, os conhecimentos nem as competências suficientes para poder cuidar devidamente de pessoas com necessidades de saúde especiais. Estes saberes, que implicarão necessariamente alguma informação sobre a patologia da pessoa doente e sobre os atos a praticar, devem ser transmitidos, no mínimo, na exata medida do que se afigurar necessário para que sejam prestados, diligentemente, os cuidados devidos ao paciente. Por isso, a transmissão da informação assume aqui uma finalidade principal específica, que não é a satisfação de um interesse próprio do familiar-cuidador, mas a prestação de cuidados de qualidade à pessoa cuidada.

Coloca-se, portanto, como questão prévia de direito, saber se a informação transmitida o é a título de um direito, *motu proprio*, do cuidador, ou de um direito do paciente. Esta questão não é clara no nosso ordenamento jurídico, tanto mais que não existe uma legislação que promova os cuidados informais (como já acontece, *v.g.*, nos Estados

³⁰¹ Note-se que, embora os cuidadores informais sejam pessoas significativas, estas poderão não ser cuidadores informais, pelo que os conceitos não se confundem.

³⁰² Vd. OLIVEIRA, Magda A./QUEIRÓS, Cristina/GUERRA, Marina Prista – *O conceito de cuidador analisado numa perspetiva autopoietica: do caos à autopoiese*, in “Psicologia, Saúde & Doenças”, 2007, n.º 8, vol. 2, p. 182: «Entendemos como cuidador formal o profissional de saúde que assume formalmente o exercício de uma profissão pela qual optou de livre vontade e para a qual teve preparação académica e profissional. Já o cuidador informal é concebido como o familiar ou amigo que é solicitado a assegurar a maior parte dos cuidados que o doente requer quando retorna ao seu contexto familiar».

³⁰³ Cf. CRUZ, Dídia Carolina Miranda *et al.* - *As vivências do cuidador informal do idoso dependente*, in “Revista Enfermagem Referência”, III Série, n.º 2, Dez. 2010 [em linha], [consult. 2011-12-06]. Disponível na [www:<URL: http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/ref/v3n2/v3n2a14.pdf >](http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/ref/v3n2/v3n2a14.pdf).

Unidos da América e em França). Tal seria de todo o interesse e justiça, quanto mais não seja pelo importantíssimo papel que desempenham na sociedade hodierna.

Acresce ainda o interesse em definir-se melhor a natureza da própria relação que se estabelece entre o cuidador informal e o paciente. Parece-nos que se trata, mais uma vez, de um poder funcional, não enquadrável na estrutura do direito subjetivo. Com efeito, o cuidador pode reclamar a informação necessária a uma tarefa que visa a prossecução de um direito daquele que é cuidado, a saber, o direito à saúde. Neste sentido, ao aceitar cuidar de um indivíduo doente, o cuidador assume um dever,³⁰⁴ que é acompanhado de determinados poderes (num sentido muito amplo – a nosso ver impróprio – seria possível denominá-los *direitos*), a serem exercidos para a prossecução de um interesse alheio. Certo é que a contrapartida desse poder é o dever que recai sobre os profissionais de saúde de prestar a informação necessária à promoção de cuidados de saúde de qualidade no domicílio do paciente. Vejamos, pois, em que moldes.

A medida da informação a ser prestada neste contexto só pode ser aferida *in concreto*, perante as circunstâncias de cada doente e de cada família. Mais uma vez, aqui impera o casuismo. As situações patológicas que suscitam a necessidade de cuidados podem ser as mais variadas. Os contornos clínicos de uma doença oncológica não são os mesmos que se encontram no caso de doenças do foro neurológico ou mental, como é o caso das doenças de Alzheimer ou da esquizofrenia. E nenhuma destas se assemelha ao caso de um indivíduo que tenha sofrido um acidente vascular cerebral.

³⁰⁴ Poderá haver situações em que é equacionável um enquadramento jurídico distinto. Com efeito, será esse o caso sempre que o cuidador informal e o paciente sejam casados. Neste caso, existe uma relação jurídica no âmbito da qual se impõe um dever de cooperação (artigo 1672º do CC), o que inclui uma obrigação de socorro e auxílio mútuos, nos termos do artigo 1674º CC. Também o artigo 1874º, nº 1, afirma que «pais e filhos devem-se mutuamente respeito, *auxílio* e assistência» [itálico nosso]. Neste caso, poder-se-ia dizer que a informação é uma condição do cumprimento do dever de auxílio, pelo que existirá um direito à informação, *motu proprio*, embora sempre condicionado pelo assentimento do paciente a ser cuidado pelo seu familiar.

A ponderação da informação a transmitir deverá, portanto, ser realizada pelo profissional de saúde considerando todos os fatores relevantes *in casu*. Mas o conteúdo da informação a transmitir deverá ser sempre o estritamente necessário para o desempenho das tarefas de cuidador, tendo aí o seu limite.³⁰⁵ Normalmente, tal informação reportar-se-á ao diagnóstico e aos riscos mais frequentes. A compreensão da condição que afeta a pessoa cuidada e da sua possível evolução ajudará o cuidador a estar atento a certos sinais e a agir na prevenção de alguns riscos.³⁰⁶ Quanto aos aspetos técnicos do cuidar, não nos parece que tal caiba no âmbito da informação propriamente dita, sendo antes um conjunto de orientações que facilitam e suportam o processo terapêutico.

Por outro lado, a informação sobre alguns aspetos da doença e da terapêutica do paciente também é fundamental no sentido em que só deste modo os familiares poderão ter os elementos suficientes para assumir a decisão de cuidar.

Note-se que esta é uma área de particular relevância no domínio da enfermagem, competindo especificamente a esses profissionais de saúde

³⁰⁵ Tal não significa que não haja mais intervenções a ser realizadas junto dos cuidadores informais por parte dos profissionais de saúde. Porém, nesse caso já se trata do cuidador enquanto utente, ele próprio. Com efeito, muitas vezes é o próprio cuidador informal que vai necessitar de cuidados específicos. Contudo, esta é uma situação diversa e irrelevante para o nosso estudo, embora de grande atualidade e importância social crescente. Note-se que aqui referimo-nos aos cuidadores informais, mas que estão em relação com profissionais de saúde, integrando uma equipa de saúde e recebendo informações e orientações para exercer o seu papel. No entanto, nem todos os cuidadores informais têm este apoio, resultando daí malefícios quer para o cuidador, quer para quem é cuidado. Sobre a importância do apoio aos cuidadores informais na garantia da segurança dos utentes, *vd.* REINHARD, Susan C. *et al.* – *Supporting Family Caregivers in Providing Care*, in “Patient Safety and Quality: An Evidence-Based handbook for Nurses” [em linha], [consult. 14-01-2012]. Disponível na [www](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK2665/): <URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK2665/>>, p. 355, onde se conclui: «Family caregivers are critical partners in the plan of care for patients with chronic illnesses. Nurses should be concerned with several issues that affect patient safety and quality of care as the reliance on family caregiving grows. Improvement can be obtained through communication and caregiver support to strengthen caregiver competency and teach caregivers new skills that will enhance patient safety. Previous interventions and studies have shown improved caregiver outcomes when nurses are involved, but more research is needed. There is more to be learned about the effect of family caregivers on patient outcomes and areas of concern for patient safety. Nurses continue to play an important role in helping family caregivers become more confident and competent providers as they engage in the health care process».

³⁰⁶ A título de exemplo, pense-se no caso das pessoas acamadas, que devem ser mobilizadas pelo cuidador de duas em duas horas, com a finalidade de prevenir o surgimento de úlceras de pressão ou a atenção que os pais de uma criança epilética devem ter à quantidade de tempo que ela interage com a televisão ou o computador, uma vez que tais estímulos, se prolongados, são nocivos.

«[utilizar] técnicas próprias da profissão de enfermagem com vista à manutenção e recuperação das funções vitais, nomeadamente respiração, alimentação, eliminação, circulação, comunicação, integridade cutânea e mobilidade»³⁰⁷ e «[proceder] ao ensino do utente sobre a administração e utilização de medicamentos ou tratamentos».³⁰⁸ Na grande maioria das vezes, também são estas as competências que os cuidadores informais têm de adquirir, sendo por isso da alçada daqueles profissionais de saúde a transmissão das informações e orientações necessárias à prestações destes cuidados.

A base legal da partilha de informação com os cuidadores informais pode encontrar-se no artigo 85º do EOE, que rege o dever de sigilo, e segundo o qual o enfermeiro tem o dever de partilhar informação pertinente apenas com aqueles que estão implicados no plano terapêutico.³⁰⁹ Parece-nos, de resto, que apesar de ser esta uma norma deontológica dos enfermeiros, sempre se deverá ter em conta que a partilha da informação é uma condição essencial do trabalho em equipa, situação cada vez mais comum em contextos de saúde.³¹⁰ Adotando um conceito abrangente de equipa de saúde, torna-se muito claro que o cuidador informal também está implicado no plano terapêutico, assumindo até uma função essencial e insubstituível na prestação de cuidados de saúde à pessoa doente e no consequente sucesso da terapêutica.

Por último, é de salientar que existe ainda uma condição à própria constituição dos cuidadores informais, que é o consentimento do

³⁰⁷ Artigo 9º, nº 4, alínea c) do REPE. São estas as técnicas fundamentais para a manutenção da qualidade de vida ao domicílio e que, muitas vezes, terão de ser aprendidas pelos cuidadores informais.

³⁰⁸ Artigo 9º, nº 4, alínea g) do REPE. Nos casos em que o utente não seja capaz de tal aprendizagem, dever-se-á proceder a uma interpretação extensiva da letra do articulado, de maneira a abranger os cuidadores.

³⁰⁹ É este, de resto, o entendimento do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros, expresso no Parecer nº 194/2010: «Mesmo perante os familiares, só poderá haver quebra de sigilo se forem preenchidos os requisitos desta alínea [artigo 85º-b)]. Ou seja, apenas se estiverem implicados no plano terapêutico, por exemplo sendo cuidadores informais, mas tendo em conta proporcionar bem-estar ou proteger os direitos da pessoa cuidada».

³¹⁰ Toda a equipa de saúde está, portanto, sujeita a um princípio de confidencialidade das informações recebidas, como resulta ainda dos artigos 101º do EOF, 86º, nº 2, alínea d) do CDOM, 21º do CDOMD e 2.10 do CDOP.

paciente. Ainda que este precise de cuidados no seu domicílio, não poderá ser obrigado a aceitar um cuidador que não deseje. Por outro lado, se quiser esses cuidados e se aceitar o cuidador, terá de consentir também na partilha da informação relevante para que os cuidados sejam prestados com qualidade.

3. A transmissão da informação entre os membros da equipa de saúde

Os profissionais de saúde, tendo por missão prestar cuidados de saúde aos utentes que a eles recorrem, encontram na tomada de decisão um momento fulcral da sua atividade. Torna-se, pois, patente que o acesso à informação por parte dos profissionais de saúde é condição do seu exercício profissional. Desta forma, pareceu-nos importante tentar compreender de que forma se estabelece e quais são os conteúdos e limites do direito dos profissionais de saúde à informação.

O conceito de equipa de saúde a adotar condicionará inevitavelmente o tratamento da questão da transmissão da informação no seio da mesma. Impõe-se, portanto, alguma reflexão prévia sobre este conceito. Uma conceção ideal de equipa de saúde nem sempre corresponde à prática, como de resto sucede em tantas outras atividades humanas. No entanto, se nos queremos referir a um plano nomotético, devemos partir daquela primeira conceção.

O papel e os conhecimentos das profissões de saúde em séculos transatos diferem em quase tudo do exercício hodierno dessas mesmas profissões. De facto, o próprio reconhecimento de muitas das profissões de saúde existentes antigamente seria muito difícil, não fosse a sua missão específica e os deveres deontológicos a que se obrigaram, expressão da importância social que sempre acompanhou a maioria das profissões de saúde.

No entanto, as mudanças mais significativas têm vindo a ocorrer, sobretudo, desde finais do século XIX, essencialmente em virtude da

mudança de paradigma que se operou com uma nova forma de agir cientificamente, baseada em evidências. A obra “Ciência e Caridade” de Picasso, pintada em 1897, ilustrativa da familiaridade e da concomitante impotência da arte médica, contrasta rudemente com as imagens a que as mais recentes séries televisivas que retratam o ambiente hospitalar nos habituaram.³¹¹

Na verdade, o modo como se vivencia a doença, o sofrimento e a morte alterou-se e patenteia-se, por exemplo, no facto de ser crescente o número de pessoas que morrem em instituições de saúde.³¹² Emergiram também renovadas respostas proporcionadas pelos avanços da arte, da ciência e da tecnologia, desenvolvidas em prol da saúde. E, acima de tudo, impôs-se um modelo mais complementar e diferenciador dos vários profissionais de saúde, a implicar um trabalho que não é já subordinado à medicina,³¹³ embora esta ocupe, muitas vezes, um lugar de central.³¹⁴

O paradigma tradicional, de uma equipa de saúde mecânica³¹⁵ e subordinada ao ato médico é já obtuso e deverá ser ultrapassado pela

³¹¹ HIERRO, José Manuel Fernández – *op. cit.*, p. 388: «El médico, que ha sido el especialista en la salud humana pero al mismo tiempo el amigo y consejero personal y familiar, se ha ido transformando y evolucionando hacia formas por un lado mas impersonales, y por otro, más colectivas de actuación»; SANCHEZ, Juan J. Bonilla – *La responsabilidad médica extracontractual*, Murcia, Ediciones Laborum, 2004, p. 262: «Frente a la imagen tradicional del médico de cabecera hoy la asistencia se suele prestar en centros públicos de salud, ambulatorios, u hospitales, adjudicándose los pacientes a los entes y a sus médicos por zonas [...]».

³¹² Veja-se o relatório do Alto Comissariado para a Saúde «Dos 15 aos 115 – Tendências da Mortalidade em Portugal», disponível para consulta no sítio <http://www.min-saude.pt/NR/rdonlyres/6AB538C0-A7C4-4B5D-B4E4-8E46956E4A94/0/estudo_mortalidades.pdf>, segundo o qual cerca de 60% dos óbitos ocorrem em ambiente hospitalar.

³¹³ Do ponto de vista legal, ressalta o artigo 8º nº 3 do REPE (Decreto-Lei nº 161/96, de 4 de setembro, alterado pelo Decreto-lei nº 104/98, de 21 de abril), que reconhece a atuação de “complementaridade funcional” dos enfermeiros com relação aos demais profissionais de saúde.

³¹⁴ *Vd.*, sobre a organização do trabalho das equipas de saúde e as suas implicações na autonomia profissional, LOPES, Noémia Mendes – *Equipas de Saúde: uma perspetiva sociológica sobre o exercício profissional*, in «Re(habilitar) – Revista da ESSA», nº 3, 2006, p. 25-35 e FIDALGO, Sónia – *Responsabilidade Penal na Equipa Hospitalar: a Responsabilidade do Farmacêutico*, in «Lex Medicinæ», ano 7, nº 14, 2010, p. 96: «As instituições de saúde apresentam-se hoje como organizações complexas onde a atividade médica é desenvolvida predominantemente no âmbito de equipas pluridisciplinares – as equipas de prestação de cuidados de saúde. Essas equipas são constituídas por médicos de diferentes especialidade, farmacêuticos, enfermeiros e outros profissionais de saúde».

³¹⁵ LOPES, Noémia Mendes – *op. cit.*, p. 32, distingue dois modos de funcionamento dos coletivos de trabalho, através das expressões “equipas mecânicas” e “equipas orgânicas”, sendo as primeiras aquelas em que “cada profissional se ocupa da função que lhe é destinada, mantendo-se dissociado de qualquer controlo sobre o

crescente autonomia dos vários profissionais de saúde, que paulatinamente se vão evidenciando neste campo, sejam eles enfermeiros, psicólogos ou os mais variados terapeutas, como os fisioterapeutas ou os terapeutas da fala.

Tais mudanças justificam-se, não só pela dignidade própria e autonomia reclamadas pelas diferentes profissões de saúde, mas sobretudo pela qualidade dos cuidados que são devidos àqueles que elas têm o dever de servir – os seus utentes.³¹⁶

Com efeito, se o contributo de cada um dos profissionais de saúde, no âmbito das suas competências, é certamente valioso para a recuperação do doente, não deixa de ser essencial que as diferentes abordagens terapêuticas sejam coordenadas, sob pena de transfigurar “o doente em diferentes partes de diferentes profissionais”.³¹⁷ Nesta perspetiva holística acentua-se a necessidade da consideração do paciente no processo terapêutico enquanto sujeito, e não mero objeto de cuidados.³¹⁸

Feitas estas ponderações preliminares, facilmente se compreende a importância da informação para os profissionais de saúde. Também eles se veem confrontados com inúmeras tomadas de decisão: Como chegar ao diagnóstico? Qual a melhor terapêutica? Como informar o utente? Qual a informação é pertinente partilhar com os outros profissionais de saúde? Para tal, necessitam de informação.

Num primeiro plano, as informações a que os profissionais de saúde têm acesso terão a sua origem, em princípio,³¹⁹ no próprio doente, que

contributo do seu trabalho para os objetivos globais do coletivo a que pertence» e as segundas aquelas em que «cada elemento da equipa está funcionalmente implicado na qualidade final do resultado obtido pelo coletivo de trabalho, o que requer uma contínua articulação funcional entre as diferentes prestações profissionais».

³¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 35: «[...] a qualidade das prestações de saúde depende cada vez mais da capacidade funcional de congregar abordagens multidisciplinares e de as operacionalizar sob a forma de transdisciplinaridade. Este tipo de operacionalização é tanto mais imperativo quanto a tendência que hoje se verifica é a de nos confrontarmos com cenários de cuidados de saúde em que a multiplicação das áreas de especialização tende a acentuar-se cada vez mais».

³¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 36.

³¹⁸ Cf. CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 492.

³¹⁹ Não será deste modo sempre que o próprio paciente não tenha consciência de que necessita de cuidados de saúde, seja porque está inconsciente – pense-se nas vítimas de acidentes de viação – ou porque não tem a

recorre aos cuidados de saúde com determinados sintomas ou em virtude de alguma indicação que transmitirá aos profissionais de saúde.³²⁰ Desta forma, é o próprio paciente quem tem o interesse na transmissão da informação, colaborando na medida do que lhe é possível, para que os cuidados de saúde que espera sejam bem sucedidos.

Por outro lado, é preciso ter presente que, atualmente, a grande maioria dos profissionais de saúde exerce a sua atividade no seio de uma equipa pluridisciplinar, que tem diferentes níveis de contacto e de proximidade com o utente, sendo relevante neste aspeto a transmissão da informação no seio da própria equipa. O paciente é uma pessoa, no seu todo, mas as aproximações que são feitas pelos profissionais de saúde são diversas, incidindo sobre aspetos particulares do paciente.

A partilha de informação, dentro daquilo que é útil para uma melhor prestação de cuidados de saúde, deve ser fomentada e torna-se um imperativo para o profissional de saúde. Tanto mais que, muitas vezes, há decisões que têm de ser partilhadas pela equipa de saúde para que possam ser executadas. A partilha de informação que leva à partilha da decisão também tem especial relevância no domínio da responsabilidade, nomeadamente quando a falta de transmissão de uma informação influencie a tomada de uma decisão que de outro modo não seria a mesma.³²¹ Na verdade, o erro médico tem origem, frequentemente, em problemas de comunicação que se verificam no seio da equipa, pelo que é um aspeto fundamental na garantia da segurança do paciente.

capacidade suficiente para compreender a sua situação – como será o caso de um bebé. Neste caso, as informações deverão ser prestadas por quem as tenha, sejam familiares ou amigos do utente.

³²⁰ Veja-se o artigo 86º nº 2 do CDOM, que refere as várias fontes de conhecimento de factos médicos, entre as quais se destaca o próprio paciente (alínea a) e outros profissionais de saúde (alínea d).

³²¹ Veja-se o exemplo dado por VIEIRA, Margarida – *op. cit.*, p. 186, de uma decisão de não reanimar um paciente: «Habitualmente são os enfermeiros, que acompanham permanentemente os pacientes, quem diagnostica a paragem cardiorespiratória e inicia as técnicas de *suporte básico* e *suporte avançado de vida* dando de seguida o alarme à equipa de reanimação, frequentemente não composta pelo médico que assiste o doente e que liderou a decisão de não reanimar. Importa por isso que a decisão seja partilhada entre os membros da equipa pluridisciplinar e registada no processo clínico, para que os enfermeiros não venham a encontrar-se perante a necessidade de agir salvaguardando o que, em consciência, entendem ser o melhor interesse do doente ao seu cuidado – perservar a sua vida – e não serem acusados de homicídio por negligência, quando existem razões médicas para o não fazer, de que deveriam ser informados».

3.1. Do dever de colaboração do utente dos cuidados de saúde

O dever de colaboração do utente decorre de vários preceitos, a começar pelo artigo 64º nº 1, 2ª parte da CRP, que impõe a todos os cidadãos o dever de promover e defender a saúde. Não significa isto que todos estejam obrigados a realizar a totalidade dos atos que maximizem a sua saúde – como praticar exercício físico – ou proibidos de assumir atitudes prejudiciais, de que é exemplo o tabagismo. A saúde não é o único valor social e a sua defesa e promoção têm de se compatibilizar com o livre desenvolvimento da personalidade. Deste modo, a imposição coerciva de terapêuticas é absolutamente excecional e encontra a sua *ratio* na proteção de bens jurídicos fundamentais de terceiros, como sucede no tratamento de doenças contagiosas.³²²

Relevante para o nosso estudo é a questão da proteção da própria saúde. Esta não pode, em princípio, ser imposta, apesar do disposto na base V, nº 1 da Lei de Bases da Saúde.³²³ Contudo, se o indivíduo pretender o auxílio de profissionais de saúde para debelar um estado patológico em que se encontre, então terá de se predispor a encetar uma relação com esses profissionais de saúde, da qual decorrem certos deveres.³²⁴

É neste sentido que a base XIV, nº 2, alínea c) da Lei de Bases da Saúde estabelece o dever dos utentes de «colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação». Ora, o conteúdo do dever de

³²² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *op. cit.*, p. 826.

³²³ Aí se lê que «[...] os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua própria saúde, individual e coletiva, tendo o dever de a defender e promover». Este preceito terá de ser lido *cum grano salis*, para não se correr o risco da imposição de comportamentos que deveriam estar na livre disponibilidade de cada indivíduo, sob pena de uma moralização do jurídico. Contudo, resta uma questão que, segundo cremos, se tornará cada vez mais premente à medida que a sociedade se vê cada vez mais confrontada com um elevado número de doenças que tem a sua origem em comportamentos individuais que poderiam ser evitados por aqueles que os praticam, e que é a questão da justa distribuição de recursos. Cf. BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F. – *op. cit.*, p. 247.

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 284: «By entering into a relationship in therapy or research, the patient or subject enters into a contract or covenant that includes a right to the truth regarding diagnosis, prognosis, procedures, and the like, just as the Professional gains a right to truthful disclosures from patients and subjects».

colaboração que recai sobre o paciente inclui a prestação de informações relevantes sobre a sua saúde.³²⁵

Do mesmo modo, no âmbito do direito civil, quando estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos, pode-se afirmar a existência de um dever acessório de colaboração do doente,³²⁶ que o deverá executar de acordo com os princípios da boa fé e da lealdade.

No mesmo sentido, o acórdão do STJ, de 15-10-2009³²⁷ vem esclarecer que:

«neste domínio [do ato médico] existem dois deveres, cuja observância é fundamental, a saber: o *dever do médico de dar ao paciente um total e consciente esclarecimento* [...] e o *dever de colaboração do paciente fornecendo ao médico, com verdade qualquer facto da sua história clínica, com relevância para promover o sucesso ou evitar o insucesso do mesmo ato médico* [...] Este dever de colaboração [...] inclui, em substância, para além da exposição e resposta com verdade e sem qualquer omissão ao seu histórico clínico, inclui também e designadamente a notícia de eventuais incompatibilidades ou restrições à toma de fármacos com incidência no campo da anestesiologia»

Também em Espanha, a Ley 41/2002, de 14 de novembro, no seu artigo 2.5 positiva o dever de colaboração do paciente, sendo o conteúdo de tal preceito reproduzido ainda num grande leque de legislação autonómica.³²⁸

Vejamos, portanto, de forma sistemática, quais são as informações devidas pelo paciente aos profissionais de saúde. Em primeiro lugar – e será esta a situação mais comum – se um utente procura os serviços de

³²⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 53: «[...] o doente tem o dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correto diagnóstico e adequada terapêutica».

³²⁶ Cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *op. cit.*, p. 115.

³²⁷ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

³²⁸ CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 119 ss. O autor cita ainda numerosa jurisprudência donde se extraem relevantes consequências em termos de isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde, em virtude do não cumprimento deste dever,

saúde, será porque suspeita ter algum problema de saúde. Estas suspeitas, na grande maioria dos casos, têm a sua origem na existência de sintomas que deverão ser comunicados com total verdade.

No contexto da comunicação que se estabelece na relação terapêutica, surgem frequentemente questões da parte do profissional de saúde, que devem ser respondidas também com veracidade. Algumas vezes, tais questões levam à revelação de informações sobre familiares do utente, para uma melhor compreensão da história clínica do mesmo.³²⁹ Estas informações, que integram o processo clínico, estão sujeitas ao mesmo nível de confidencialidade que as informações relativas ao paciente, nos termos do artigo 5º da LIS.

O paciente não terá, contudo, de prestar informações que sejam irrelevantes para o plano terapêutico. O problema é que, na maioria das situações, o utente não detém os conhecimentos específicos da área da saúde que lhe permitem discernir uma informação relevante daquela que não o é. Daí a necessidade de ser orientado pelo profissional de saúde, através das questões que este lhe coloca.³³⁰

Uma das consequências da falta de veracidade é a possibilidade de recusa do profissional de saúde em permanecer na relação terapêutica, prestando a assistência requerida pelo paciente.³³¹ Com efeito, a mentira ou ocultação de factos no seio de uma relação terapêutica é um elemento extremamente perturbador da confiança existente.³³² Além disso, coloca

³²⁹ DEODATO, Sérgio – *Direito à Saúde*, p. 152.

³³⁰ Vd. CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, p. 119: «[...] debe tenerse presente en todo caso, que quien hace la anamnesis es el médico y es a él a quien corresponde, por tanto, formular las preguntas que considere relevantes en cada caso, sin que al paciente pueda resultarle exigible información que no le há sido demandada y que no tiene por qué saber que es importante».

³³¹ Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 54. Note-se, porém, que no caso do médico, deverá respeitar o disposto no artigo 41º do CDOM. Relativamente aos enfermeiros, também haverá limites à possibilidade de escusa, decorrentes dos artigos 82º e 83 do EOE. De qualquer forma, por força do artigo 284º do CP, sempre haveria a obrigação do médico de prestar auxílio em caso de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física do paciente.

³³² Sobre o valor da veracidade enquanto virtude essencial para a construção da relação entre o profissional de saúde e o paciente, leia-se BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F. – *op. cit.*, p. 283: «Veracity in health care setting refers to comprehensive, accurate, and objective transmission of information, as well as to the way the professional fosters the patient's or subject's understanding [...] First, the obligation of veracity is based on respect owed to others [...] Second, the obligation of veracity has a close connection to obligations of fidelity

em causa a própria atuação do profissional de saúde, que age com base em informações que tem por verdadeiras. Daí decorre um outro corolário, que é inexistência de responsabilidade do profissional de saúde por uma atuação técnica desadequada à situação concreta do paciente, mas adequada face aos elementos de que dispunha para decidir.³³³

3.2. Do dever de partilha de informação entre profissionais de saúde

Além do dever de colaboração do utente, existe ainda um dever de colaboração entre os vários profissionais de saúde que trabalham em equipa, na prestação de cuidados a um paciente concreto. De facto, encontramos, nas várias profissões de saúde reguladas, normas deontológicas que sublinham a importância de uma relação de colaboração entre os vários profissionais desta área, como é o caso dos artigos 91º do EOE,³³⁴ 111º do EOF,³³⁵ 145º a 147º do CDOM³³⁶ e do ponto 3 do CDOP.³³⁷

and promise keeping [...] Third, relationships between healthcare professionals and their patients and between researches and their subjects ultimately depends on trust, and adherence to rules of veracity is essential to foster trust»

³³³ Vd. CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2011, p. 119: «Resulta manifiesta la necesidad de que el paciente colabore, de forma leal y en la medida de sus posibilidades, con el médico que le atiende, para que este pueda efectuar un diagnóstico y tratamiento correcto del mismo, en tal forma que la omisión de este fundamental deber por parte del enfermo puede determinar la exención de responsabilidad del facultativo en aquellos supuestos en que se actuación errónea o inadecuada haya sido mediatizada por la omisión de sus antecedentes clínicos o físicos por parte del propio paciente».

³³⁴ «Como membro da equipa de saúde, o enfermeiro assume o dever de:

- a) Atuar responsabilmente na sua área de competência e reconhecer a especificidade das outras profissões de saúde, respeitando os limites impostos pela área de competência de cada uma;
- b) Trabalhar em articulação e complementaridade com os restantes profissionais de saúde;
- c) Integrar a equipa de saúde, em qualquer serviço em que trabalhe, colaborando, com a responsabilidade que lhe é própria, nas decisões sobre a promoção da saúde, a prevenção da doença, o tratamento e recuperação, promovendo a qualidade dos serviços».

³³⁵ «No exercício da sua atividade, o farmacêutico deve, sem prejuízo da sua independência, manter as mais corretas relações com outros profissionais de saúde».

³³⁶ «Artigo 145.º - (Princípio geral)

O médico, nas suas relações com os outros profissionais de saúde, deve respeitar a sua independência e dignidade»;

«Artigo 146.º - (Dever de cooperação)

Percebe-se, portanto, que todas as normas referidas, com maior ou menor detalhe, almejam a criação de um ambiente de trabalho em complementaridade funcional, com vista à obtenção de um nível ótimo de realização dos interesses do doente. Ora, um elemento essencial para a efetivação da complementaridade funcional que deve operar entre os profissionais de saúde de uma mesma equipa é a transmissão de informação. O conteúdo particular da informação a transmitir só pode determinado no caso concreto. No entanto, sempre poderemos tentar perceber quais são os critérios orientadores dessa transmissão.

Um dos aspetos mais pertinentes da informação transmitida entre profissionais de saúde é a sua relação com o direito à reserva da intimidade da vida privada, constitucionalmente protegido no artigo 26º da CRP. Esta relação é confirmada pela existência de normas deontológicas que estabelecem o dever de segredo profissional,³³⁸ devendo a informação de saúde dos pacientes ser partilhada apenas com

1. O médico, nas relações com os seus colaboradores não médicos, deve observar uma conduta de perfeita cooperação, de mútuo respeito e confiança, inculcando nos seus doentes idênticas atitudes.

2. O médico deve assumir a responsabilidade dos atos praticados pelos seus auxiliares desde que ajam no exato cumprimento das suas diretivas, nos termos do artigo 34.º;

«Artigo 147.º - (Relações com outros profissionais de saúde)

1. A profissão médica deve ser sinérgica com todas as profissões da área da saúde na procura dos melhores resultados para o doente, pelo que é recomendável a relação franca e leal, respeitando os limites de atuação de cada uma.

2. É vedado ao médico delegar atos médicos noutros profissionais de saúde, sem prévio conhecimento e autorização da Ordem dos Médicos, salvaguardando situações de risco iminente de vida, nomeadamente, no caso dos farmacêuticos, a escolha de fármaco ou a alteração da receita médica.

3. Sem cercear o direito de esclarecimento, é proibido ao médico exercer influência sobre os doentes para privilegiar determinadas farmácias, clínicas, hospitais ou outros intervenientes na prestação de cuidados de saúde.

4. Deve o médico, sempre que tome conhecimento de factos que denunciem improbidade ou incompetência de profissionais de saúde, comunicá-los à Ordem ou entidade similar respetiva».

³³⁷ «O exercício da Psicologia tem uma finalidade humana e social, com objetivos que envolvem o bem-estar, a saúde, a qualidade de vida e a plenitude do desenvolvimento das pessoas. Os/as psicólogos/as não são os únicos que perseguem estes objetivos, sendo conveniente, e mesmo necessário em alguns casos, a colaboração com outros profissionais, sem prejuízo das competências e saberes de cada um. Os/as psicólogos/as respeitam as relações profissionais, competência específica, deveres e responsabilidades de colegas e outros profissionais. Paralelamente, os/as psicólogos/as constituem-se como primeiros responsáveis pela excelência do desempenho profissional, auxiliando os colegas na prossecução desse objetivo».

³³⁸ *Vd. infra*, ponto 4 do presente capítulo.

aqueles profissionais que também estão envolvidos no plano terapêutico.³³⁹ Também parece ser esse o sentido do artigo 5º, nº 5 da LIS.³⁴⁰ Fala-se, a este propósito, de um segredo partilhado, ou seja, é lícita a transmissão de informação sujeita a segredo profissional, quando tal informação é necessária para o delineamento e a prossecução do plano terapêutico.³⁴¹ Com efeito, encontra-se aí um limite à transmissão da informação, mesmo entre profissionais da mesma equipa de saúde. Os direitos fundamentais devem sofrer restrições apenas na medida do estritamente necessário. Assim, se durante o processo terapêutico, os profissionais de saúde têm acesso a diferentes informações, provindas de diferentes fontes – como sejam o próprio utente, terceiras pessoas ou meios complementares de diagnóstico –, deverão ser capazes de discernir aquelas que devem ser partilhadas com os outros profissionais de saúde envolvidos no caso, daquelas que devem permanecer em segredo.³⁴²

Em suma, por princípio, toda a informação de saúde está abrangida pelo segredo profissional. Excecionalmente, poderá afigurar-se necessária a sua partilha no seio da equipa de saúde. Vejamos como.

Tal discernimento deve ser feito com base no critério da necessidade da informação para o delineamento de terapêuticas e atendendo à

³³⁹ Veja-se o artigo 85º, alínea b) do EOE, o ponto 2.10 do CDOP e o artigo 82º nº 2, alínea d) do CDOM.

³⁴⁰ «O processo clínico só pode ser consultado por médico incumbido da realização de prestações de saúde a favor da pessoa a que respeita ou, sob a supervisão daquele, por outro profissional de saúde obrigado a sigilo e na medida do estritamente necessário à realização das mesmas, sem prejuízo da investigação epidemiológica, clínica ou genética que possa ser feita sobre os mesmos, ressalvando-se o que fica definido no artigo 16º».

³⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 195º*, in “Comentário Conimbrecense do Código Penal: Parte Especial”, Tomo I, coord. DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 783: «[...] não há conduta típica [de revelação de factos sujeitos a segredo profissional] quando a revelação é feita por um profissional a um colega ou a um perito especialmente qualificado em busca de colaboração para o melhor tratamento de um caso [...]. O mesmo se passando com a comunicação entre pessoas integradas na mesma organização». Confessamos que esta última parte, a nosso ver, deve ser entendida *cum grano salis*. Considerando que, frequentemente, as instituições de saúde contam com a colaboração de um grande número de profissionais, não nos parece que seja claro que todos e cada um deles possa ter acesso à informação de saúde de qualquer utente dessa mesma instituição, mas apenas aqueles que estão implicados no seu plano terapêutico, pois é essa a medida da necessidade da informação. *Vd.* também ABREU, Luís Vasconcelos – *O segredo médico no direito português vigente*, in “Estudos de Direito da Bioética”, Coimbra, Almedina, 2005, p. 273: «O interesse do doente, fundamento da obrigação de segredo médico, justifica que a informação possa circular, na medida do necessário, entre os diferentes profissionais que intervêm no tratamento».

³⁴² HIERRO, José Manuel Fernández – *op. cit.*, p. 202-209.

finalidade de prestar cuidados de saúde integrados e de qualidade ao utente dos serviços de saúde, *maxime*, evitando o erro em saúde. Assim, se a informação transmitida não puder contribuir para estes fins, ela encontra-se abrangida pelo segredo profissional, não podendo ser partilhada. De modo inverso, se informações sobre a saúde do paciente forem necessárias ao planeamento de uma intervenção multidisciplinar ou adequadas à adoção de medidas que devam ser tomadas por outro profissional de saúde, então deverão ser comunicadas.

A forma da comunicação poderá variar conforme as práticas de organização do trabalho de cada instituição. No entanto, é consensual que um valioso suporte para essa partilha é o registo de informação de saúde do utente, a realizar por cada profissional de saúde, na área da sua competência. É que, como já dizia Frei Diogo de Sant-iago, no século XVIII, não se deve deixar a vida ou a saúde do enfermo à mercê da memória, pois esta pode falhar.³⁴³ Atualmente, existe um programa de ação nacional, que acompanha as propostas da União Europeia, no sentido da promoção e integração de registos de saúde eletrónicos. No entanto, trata-se de uma iniciativa em progresso, que ainda não está plenamente implementada.³⁴⁴ Porém, a mera existência do registo não substitui a discussão de casos e planeamento, em equipa, das intervenções terapêuticas, o que se atingirá com uma dinâmica de trabalho que inclua reuniões frequentes para tal finalidade.³⁴⁵

³⁴³ SANT-IAGO, Fr. Diogo de – *op. cit.*, parágrafo 108: «[...] o Médico, quando os enfermos são muitos, não se pode lembrar do que a todos tem mandado fazer: o que vós remediais com muita facilidade, assim pela informação, que deles tendes adquirido, como pela lembrança, que na tábua da visita tendes formado, sem a qual não visiteis nunca com o Médico, ainda que os enfermos sejam poucos, que não é razão que a vossa memória seja fiadora da vida, ou saúde do enfermo».

³⁴⁴ Esta questão será aprofundada no capítulo seguinte. Com efeito, pretendemos aqui tratar apenas das linhas gerais que motivam e orientam um eventual dever de partilhar informação no seio da equipa de saúde. No entanto, todas as questões relativas à efetividade de partilha de tal informação, bem como ao acesso à mesma e o papel das tecnologias de informação e de comunicação na saúde terão um tratamento autónomo.

³⁴⁵ Por isso, refere LOPES, Noémia Mendes – *op. cit.*, p. 33: «Um dos indicadores da disseminação social nos contextos de trabalho desta lógica de autonomia enquadrada na interdependência funcional é, por exemplo, a frequência e a regularidade com que são realizadas as reuniões interprofissionais para a discussão de casos concretos de trabalho; ou ainda, a frequência das interações, num dado contexto de trabalho, entre os diferentes profissionais para discutirem ou reavaliarem a eficácia de determinados procedimentos específicos». Tais reuniões e interações mais não são do que a criação de espaços e tempos dedicados à transmissão de

A consequência da omissão de comunicação de informações relevantes é, por um lado, a responsabilização do profissional que deveria ter informado, e por outro a impossibilidade de responsabilizar o profissional que atuou erroneamente ou deixou de atuar devido à falta de informação. No entanto, não será esta a solução nos casos em que o obstáculo ao acesso à informação seja imputável ao profissional de saúde que deixou de atuar.³⁴⁶ Nestas situações, haverá lugar a responsabilização, como resulta, aliás, do acórdão do TRL de 04-07-2002, que relata o caso de um médico cirurgião que, durante o período de pós-operatório – em que previsivelmente a doente poderia precisar de auxílio – se ausentou da clínica e desligou o telemóvel, ficando incontactável. A paciente, embora assistida por uma enfermeira que, apercebendo-se da existência de complicações, tentou várias vezes o contacto com o médico, viria a falecer.

4. Excurso: o segredo profissional e os seus limites

O segredo profissional é um instituto jurídico que visa a proteção da confiança na salvaguarda da intimidade da vida privada e familiar de todos aqueles que procuram um profissional de saúde a quem têm de revelar informações pessoais e sensíveis. A garantia jurídica de uma punição para a quebra do segredo profissional é um primeiro passo para

informação, em ordem planeamento dos melhores cuidados de saúde para o paciente concreto. Do mesmo modo, no parecer n.º 20/2001, do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros, pode ler-se que «a passagem de turno apresenta-se como um momento de reunião da equipa de enfermeiros, tendo como objetivo assegurar a continuidade de cuidados, pela transmissão verbal de informação, e como finalidade promover a melhoria contínua da qualidade dos cuidados, enquanto momento de análise das práticas e de formação em serviço/em situação. A passagem de informação é realizada de forma oral, complementando a informação escrita – e não substitui o registo de enfermagem, realizado em notas de evolução/continuidade e/ou avaliação do planeamento de cuidados».

³⁴⁶ É o caso descrito no acórdão do TRL de 04-07-2002, que refere o caso de um médico cirurgião que, durante o período de pós-operatório – em que previsivelmente a paciente poderia precisar de auxílio – se ausentou da clínica e desligou o telemóvel, ficando incontactável. A paciente, assistida por uma enfermeira que, apercebendo-se da existência de complicações, tentou várias vezes o contacto com o médico, viria a falecer.

a construção de uma relação de confiança que permite uma verdadeira abertura ao outro na vulnerabilidade.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar está consagrado em vários preceitos. No plano internacional, destacam-se o artigo 12º da DUDH, o artigo 17º do PIDCP, o artigo 8º da CEDH e o artigo 10º da CDHB. Quanto ao direito interno, é de salientar o artigo 26º da CRP e o artigo 80º do CC. No âmbito do direito da saúde, não poderíamos deixar de invocar a alínea d) da Base XIV da Lei de Bases da Saúde, segundo a qual os utentes têm direito a «ter rigorosamente respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados».

Contudo, não é apenas a proteção da confiança de um cliente concreto que é protegida pelo instituto do segredo profissional, mas também a confiança da sociedade em geral numa classe profissional. Transpondo estas considerações para o domínio da saúde, é fácil compreender que, se os utentes não tivessem um elevado grau de confiança na manutenção dos segredos que confiam a estes profissionais de saúde, era pouco provável que os procurassem, pelo menos em situações potenciadoras de reprovação social,³⁴⁷ o que seria especialmente grave para a sociedade, no seu todo, no caso da prevenção e tratamento de doenças infetocontagiosas.

Os bens jurídicos de que temos vindo a falar – a privacidade e a confiança em certas profissões – merecem, no nosso ordenamento jurídico, a mais alta tutela de que os bens jurídicos podem gozar: a tutela penal. Deste modo, no capítulo do CP que trata dos crimes pessoais contra a reserva da vida privada, podemos encontrar o artigo 195º, que pune a revelação não consentida de segredo alheio, obtido por meio o seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias.³⁴⁸ Do ponto de vista jurídico, são ainda relevantes os artigos 135º do CPP e 618º do CPC, que estabelecem a

³⁴⁷ Sobre o sigilo profissional do médico, *vd.*, entre outros, PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de sigilo...*, p. 25-28; ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 195º*, p. 771-802; ABREU, Luís Vasconcelos – *op. cit.*, p. 261-285.

³⁴⁸ Estas penas podem ser agravadas em um terço, caso se verifiquem as condições prescritas pelo artigo 197º do mesmo diploma.

possibilidade de recusa legítima de prestar depoimento que viole o sigilo profissional.

No âmbito das profissões de saúde, o dever de guardar segredo sobre os dados de saúde e sobre factos da vida privada dos utentes tem, ainda, uma natureza deontológica, adotando expressão concreta nos vários códigos das profissões de saúde, como se poderá constatar pela leitura dos artigos 85º do EOE, 101º a 104º do EOF, 85º a 93º do CDOM, 21º do CDOMD e Princípio específico nº 2 (privacidade e confidencialidade) do CDOP.

Todavia, como qualquer direito fundamental, a reserva da vida privada não tem um valor absoluto, mas relativo, o que implica a sua compatibilização com outros direitos, em caso de conflito.³⁴⁹ Este facto justifica que haja exceções ao segredo profissional em saúde, sendo lícito, em determinadas circunstâncias, a sua quebra. Encontramo-nos, pois, num domínio marcadamente casuístico, sendo impossível referir exaustivamente todas as situações de justificação da quebra do sigilo profissional. Limitar-nos-emos, portanto, a apresentar algumas causas de justificação e a ilustrar com exemplos, algumas das situações mais comuns.

4.1. O consentimento

O consentimento do paciente torna lícita a divulgação do segredo, na medida desse mesmo consentimento. Sendo a *ratio* do instituto do segredo profissional a conservação da relação de confiança entre o profissional de saúde e o doente, não teria qualquer sentido punir a divulgação de informação que não afete essa confiança.

Deste modo, o artigo 88º, alínea a) do CDOM prevê o consentimento como a primeira causa de escusação do segredo médico. Note-se, porém, que o consentimento só tem tal efeito «quando a revelação não prejudique

³⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *op. cit.*, p. 321: «haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética)».

terceiras pessoas com interesse na manutenção do segredo médico». Cremos que esta ressalva é pertinente, uma vez que o mais habitual é que os factos da vida privada de uma pessoa – nomeadamente factos relativos ao seu estado de saúde – contendam com a vida privada de outras pessoas, particularmente dos seus familiares, pelo que o segredo profissional poderá abranger factos que pertençam à esfera privada de terceiros, que também têm direito a esta proteção.

Também o CDOP, no princípio específico 2.7,³⁵⁰ e o CDOMD, no artigo 21º, nº 3³⁵¹ aludem a esta forma de justificação da divulgação do segredo profissional.

De qualquer forma, o consentimento sempre seria uma legítima causa de escusa do segredo profissional, nos termos dos artigos 38º do CP e 340º do CC, que estabelecem como causa de exclusão da ilicitude de um ato jurídico lesivo dos direitos de outrem o consentimento do lesado, podendo este ser efetivo ou presumido, nos termos do artigo 39º do CP ou do nº 3 do artigo 340º do CC. Com efeito, o consentimento presumido para a divulgação da informação coloca-se com grande acuidade, por exemplo, nos casos de erro médico que originou o estado de incomunicabilidade do paciente, cujos familiares pretendem obter a responsabilização do profissional de saúde.³⁵²

4.2. O contributo para a descoberta da verdade

Pode suceder o caso de, no âmbito de uma investigação criminal, ser de grande importância para a descoberta da verdade a revelação de factos abrangidos pelo segredo profissional. Neste sentido, o já referido artigo 135º do CPP, no seu nº 3, admite a possibilidade de quebra do segredo profissional, de acordo com «o princípio da prevalência do interesse preponderante». A ponderação dos interesses em causa

³⁵⁰ «Autorização para divulgar informação. Os/as psicólogos/as podem divulgar informação confidencial sobre o cliente quando este, ou o seu representante legal, der previamente o seu consentimento informado».

³⁵¹ «O médico dentista pode prestar informações ao doente ou a terceiro por este indicado».

³⁵² ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 195º*, p. 791.

competete, como determina o referido artigo, ao «tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou, no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais». Deste modo, cremos que o legislador pretendeu conferir uma maior solenidade a este momento, que garantisse de forma mais patente a correta ponderação dos interesses em causa. Com efeito, o legislador limita-se, neste caso, a indicar um conjunto de elementos, não taxativos, que o julgador deverá tomar em consideração, como «a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos».

Por fim, resta referir que o Tribunal deverá sempre pedir parecer prévio ao organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo. De harmonia com este preceito, o artigo 85.º, alínea c) do EOE determina que, antes de divulgar informação confidencial acerca do indivíduo e família, o enfermeiro deverá «recorrer a aconselhamento deontológico e jurídico», para o qual é competente, nos termos do Regulamento n.º 165/2011 da Ordem dos Enfermeiros, de 8 de março de 2011, sobre o aconselhamento ético e deontológico no âmbito do dever de sigilo, o Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros (artigo 10.º, n.º 1 do referido diploma), ou, no caso de não ser possível reunir o plenário do Conselho em tempo útil, ao Presidente do Conselho Jurisdicional, ou a outro conselheiro por ele designado (artigo 10.º, n.º 2). Já o artigo 103.º do EOF atribui competência a tal autorização ao bastonário daquela ordem profissional. Do mesmo modo, o artigo 91.º do CDOM refere-se ao «Presidente da Ordem» e o artigo 21.º, n.º 5, indica a «Ordem dos Médicos Dentistas», no seu todo, como competente para tal ato. Não encontramos nos Estatutos desta ordem profissional qualquer referência que indicasse, concretamente, a que órgão cabe esta autorização. Já o CDOP não faz qualquer referência a esta situação, limitando-se a remeter para o artigo 135.º do CP (*vd.* princípio específico 2.14).

4.3. O direito de necessidade

Uma das principais causas de exclusão da ilicitude no nosso ordenamento jurídico é o direito de necessidade, previsto no artigo 34º do CP. Esta figura aplica-se sempre que a quebra do segredo profissional seja um meio adequado a afastar um interesse juridicamente protegido do próprio paciente ou de um terceiro, sendo este último o caso mais habitual. No entanto, só a adequação não é critério suficiente para a verificação desta causa de exclusão da ilicitude. É necessário ainda que o interesse a salvaguardar seja sensivelmente superior ao interesse sacrificado e que seja razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse.

Uma das situações em que é frequente a invocação do direito de necessidade é a comunicação a terceiros de que o paciente sofre de doença transmissível grave. A este respeito se pronunciou o CNECV,³⁵³ quando consultado pelo Presidente do Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos acerca do caso de uma médica assistente que se encontrava perante o conflito de respeito pela vida privada do utente dos seus serviços de saúde, por um lado, e de defesa da integridade física e vida de terceiros, por outro. Com efeito, tratava-se de um doente seropositivo que, embora aconselhado, pela médica assistente, a informar a sua mulher da sua seropositividade, nunca o chegou a fazer, mantendo com ela relações sexuais não protegidas. Com este comportamento, colocava em perigo a saúde e vida da sua cónjuge, bem como a dos filhos que pudessem vir a gerar. O CNECV considerou que, caso não fosse possível persuadir o paciente a consentir na divulgação da informação, impendia sobre a médica assistente o dever ético de comunicar à mulher do seu paciente tal informação, uma vez que tal «é indispensável para que a mulher do doente possa fazer os testes de diagnóstico e iniciar tratamento, caso já tenha sido infetada». Em suma, existe neste parecer uma clara argumentação no sentido da hierarquização dos valores em

³⁵³ *Vd. Parecer 32/CNECV/2000, disponível em <http://www.cnecv.pt>. Consultado a 13-02-2012.*

causa, considerando-se que «a vida tem prioridade como valor, e a sua salvaguarda é o dever ético primordial, ao qual todos os outros se devem subordinar».

De modo semelhante, algumas disposições deontológicas indicam claramente que os profissionais de saúde devem estar atentos aos interesses de terceiros que se relacionem com os seus pacientes. Assim, por exemplo, o artigo 102º, nº3 do EOF ou o ponto 2.8 do CDOP. Lancemos, contudo, um olhar mais atento ao artigo 89º do CDOM, cujo nº 2 é claramente fundado no parecer do CNECV, *supra* referido. Com efeito, aí se afirma o valor fundamental da preservação da vida, que poderá justificar uma quebra do segredo médico no caso de o utente manter um comportamento que «traga um risco real e significativo para a vida de outra pessoa». Neste caso, afirma-se mesmo a existência de um dever deontológico do médico de «informar as pessoas, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer».

Embora a não punição do profissional de saúde pela revelação do segredo, nestes casos, seja consensual, a questão da existência de um dever jurídico de informar já é controversa.³⁵⁴ De facto, uma coisa é reconhecer ao profissional de saúde a possibilidade de atuar de acordo com um direito de necessidade, outra – completamente diferente – é colocá-lo na posição jurídica de garante de terceiros, podendo mesmo vir a responder criminalmente, nos termos do artigo 10º do CP. Se assim fosse, haveria a consagração da chamada doutrina de *Tarasoff*,³⁵⁵ segundo a qual os profissionais de saúde têm o dever de proteger terceiros identificáveis de uma ameaça à sua vida causada pelo previsível comportamento do seu paciente.

³⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 195º*, p. 797.

³⁵⁵ Esta é a solução aplicada em vários Estados dos Estados Unidos da América, desde o caso *Tarasoff v. Regents of the University of California* (17 Cal.3d 425 [1976]), decidido pelo Supremo Tribunal da Califórnia. Defendendo a aplicação de uma regra semelhante na Europa, em virtude da decisão do TEDH no caso *Osman v. United Kingdom*, veja-se GAVAGHAN, Colin - *A Tarasoff for Europe? A European Human Rights perspective on the duty to protect*, in “International Journal of Law and Psychiatry”, vol. 30, Glasgow, Elvier, 2007, p. 255-267.

4.4. A denúncia de factos sujeitos a segredo profissionais suscetíveis de consubstanciar a prática de crime

De acordo com o CPP, a denúncia de crimes não é universalmente obrigatória, mas abrange apenas as pessoas mencionadas no artigo 242º, que nos remete para a noção de funcionário expressa no artigo 386º do CP. Com efeito, estão obrigados à denúncia todos aqueles que têm uma ligação à atividade administrativa, incluindo os profissionais de saúde que exerçam a sua atividade no âmbito de uma instituição de saúde que pertença à Administração Pública ou à qual tenham sido atribuídas funções administrativas.³⁵⁶ No entanto, como refere Costa Andrade, os fins da justiça penal não justificam, só por si, a revelação do segredo profissional. O profissional terá de ponderar a se a gravidade do crime ou a probabilidade de uma futura infração justificam a quebra do segredo profissional.³⁵⁷ Assim, em caso algum o profissional de saúde estará, por princípio, obrigado a denunciar o crime, sendo necessária uma avaliação casuística dos interesses e valores em causa.

Cremos que há que distinguir o caso de o utente dos serviços de saúde ser autor do crime, do caso em que se trata de uma vítima de crime. Na primeira situação, será necessário ponderar a gravidade do crime face aos interesses que subjazem ao instituto do segredo profissional. No segundo caso, cremos que a solução passará, como nos indica o Parecer nº 114/2009, do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros, pela ponderação dos «princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, entre a gravidade dos factos e a intensidade ou gravidade da ingerência na vida privada, assim como a análise casuística dos contornos específicos de cada caso», ou seja, o profissional de saúde «deve interrogar-se da exigência de denúncia em benefício do utente».

No caso de o profissional de saúde ser um enfermeiro, médico ou médico dentista, a quebra do segredo profissional deverá ser precedida de

³⁵⁶ CUNHA, J. M. Damião da – *Artigo 386º*, in “Comentário Conimbreense do Código Penal: Parte Especial”, Tomo III, coord. DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 809.

³⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 195º*, p. 799.

autorização do órgão regulador competente, nos termos dos artigos 6º do Regulamento nº 165/2011 da Ordem dos Enfermeiros, de 8 de março de 2011, sobre o aconselhamento ético e deontológico no âmbito do dever de sigilo, do artigo 88º, alínea b) do CDOM e do artigo 5º do CDOMD.

4.5. A proteção de interesses do profissional de saúde

Por vezes, o utente dos serviços de saúde e o profissional de saúde entram em conflito. Pense-se no caso em que o paciente difama o médico, ou em que procura obter a sua responsabilização por suspeitas de negligência na prática de um determinado procedimento.³⁵⁸ Em tais circunstâncias, será lícito ao profissional defender-se, na medida do necessário, inclusivamente com a revelação de factos sujeitos ao segredo profissional. É isto mesmo que o artigo 88º, alínea b) do CDOM dispõe.

Mais controversa é a questão de saber se também no âmbito de um processo de cobrança de honorários se poderá justificar a quebra do segredo profissional.³⁵⁹ Na verdade, em princípio, o artigo 90º do CDOM proíbe-o. No entanto, contém uma exceção que remete para o referido artigo 88º, alínea b) do mesmo diploma, suscitando algumas dúvidas. Do mesmo modo, o artigo 8º do Regulamento nº 165/2011 da Ordem dos Enfermeiros, de 8 de março de 2011, sobre o aconselhamento ético e deontológico no âmbito do dever de sigilo, estabelece que, sempre que esteja em causa a cobrança de honorários, seja ela judicial ou extrajudicial, o enfermeiro está vinculado ao segredo profissional, podendo apenas revelar «o que for estritamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos seus legítimos interesses, e após prévio aconselhamento ético e deontológico».

Parece-nos que não será de rejeitar, por princípio, esta solução. Com efeito, embora em abstrato os interesses patrimoniais não sejam superiores aos interesses pessoais, a situação concreta pode vir mitigar

³⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 195º*, p. 799-801.

³⁵⁹ Com efeito, favorável à revelação do segredo profissional nestes casos é PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de sigilo...*, p. 43; posição contrária podemos encontrar em ABREU, Luís Vasconcelos – *op. cit.*, p. 279.

esta distância e apresentar circunstâncias que, atendendo sempre a um princípio de proporcionalidade, justifiquem a quebra do segredo profissional.

CAPÍTULO III

DA EFETIVAÇÃO

DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM SAÚDE

0. Nota prévia

Da última parte do capítulo precedente surgiram-nos diferentes questões ao nível da proteção devida à informação de saúde no seu tratamento, nomeadamente na sua recolha, armazenamento, circulação e acesso. Uma primeira parte deste capítulo dedica-se, portanto, à investigação das respostas que o nosso ordenamento jurídico dá a estes aspetos.

A efetivação do direito à informação em saúde é atingida quando os profissionais de saúde cumprem diligentemente os seus deveres deontológicos, nos moldes *supra* apresentados. Porém, o Direito lança sempre um olhar especial às situações patológicas que se podem encontrar nas relações sociais, funcionando os Tribunais como o último reduto da garantia dos direitos reconhecidos aos indivíduos, responsabilizando quem viola tais direitos.

Deste modo, o capítulo que ora iniciamos pretende tratar, essencialmente, da questão da responsabilidade pela violação dos vários direitos que fomos desvelando nos capítulos precedentes. É, pois, neste momento, que surge com maior evidência o direito judiciário, a revelar os contornos dos diferentes regimes de responsabilidade que podemos encontrar.

Ainda assim, não podemos deixar de notar que ainda é muito pouca a jurisprudência nacional nesta matéria, uma vez que são raros os casos levados a tribunal por violação do direito à informação em saúde. Na verdade, de entre cinquenta e três acórdãos que analisámos, por contenderem com responsabilidade por atos ou omissões de profissionais de saúde, encontrámos apenas um cuja causa originária da obrigação de indemnizar se identificava com a violação do dever de informar.

1. O tratamento da informação de saúde

Nos dias de hoje, as possibilidades de recolha, armazenamento e acesso à informação são radicalmente diferentes daquelas que se encontravam no passado. Não é por acaso que, depois da sociedade industrializada, é comum dizer-se que chegou a era da sociedade de informação. A esta tendência não são, certamente, indiferentes os avanços tecnológicos que permitem tornar acessível uma quantidade de informação antes inimaginável e, de forma complementar, aceder, no seio dessa quantidade de informação, a informações muito específicas.

Face a este novo contexto, surgem também desafios no mundo do Direito. Atualmente, não existe um regime jurídico que, unitariamente, regule todos os aspetos relevantes da informação de saúde, a saber, a sua recolha, armazenamento, circulação e condições de acessibilidade. Temos, antes, várias normas internacionais, constitucionais e legais, entre as quais se destacam a já referida LIS, a Lei n° 46/2007, de 24 de agosto, que regula o acesso aos documentos administrativos (LADA) e a Lei n° 67/98, de 26 de outubro, com as alterações introduzidas pela Retificação n° 22/98, de 28 de novembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n° 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (LPD).

Com efeito, a definição de tratamento de dados é-nos dada pelo artigo 3º, alínea b) da LPD, cuja leitura atenta encontra diferentes dimensões da manipulação de dados, como sejam a «a recolha, o registo, a organização, a conservação, [...] a consulta, [...] a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colocação à disposição [...]». Ora, estes aspetos adquirem contornos próprios quando estamos no domínio da informação de saúde, por se tratar de dados

sensíveis, ou seja, dados que revelam aspetos pertinentes à vida privada de uma pessoa e que, por isso, estão sujeitos a um regime especial, nos termos do artigo 7º da LPD.

Em suma, são várias as dificuldades que se levantam e existem situações problemáticas³⁶⁰ às quais não podemos, por motivos de economia e de adequação, dar uma resposta cabal nesta investigação. No entanto, não podemos deixar de referir o regime geral da informação de saúde em Portugal, nas vertentes já referidas, na procura de uma harmoniosa conjugação dos princípios em causa, que nos permita construir os critérios que presidem às escolhas que contendem com a informação de saúde.

1.1. A recolha e o armazenamento da informação de saúde

Todos os profissionais de saúde, na sua atividade, recolhem informação de saúde. A recolha da informação opera-se num quadro jurídico que se pauta pela proteção da reserva da vida privada da pessoa a quem os dados se referem, só podendo ser realizada se se mostrar necessária às finalidades estabelecidas no nº 4 do artigo 7º da LPD, a saber, para a prestação de cuidados de saúde e para a gestão dos serviços de saúde. Além desta exigência, o mesmo preceito impõe que o tratamento dos dados de saúde – onde se inclui a recolha dos mesmos – seja feita por um profissional de saúde ou outra pessoa sujeita a segredo profissional.

Normalmente, a recolha de informação de saúde realiza-se pela mera observação da pessoa doente, pela transmissão de informações feita pelo próprio paciente ou por terceiros, ou pela realização de exames de

³⁶⁰ Tome-se como exemplo o caso de a informação de saúde de uma pessoa – que é classificada pelo artigo 7º da LPD como “dados sensíveis”, ou seja, dados que se encontram no âmbito de proteção do direito à reserva da vida privada – estar simultaneamente contida num documento administrativo, cujo acesso se pauta pelos «princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade», que encabeçam o artigo 1º da LADA. Sobre esta questão, veja-se CAMPOS, Eduardo Manuel Castro Guimarães de Carvalho - *Acesso a dados pessoais de saúde contidos em ficheiros dos hospitais públicos: ponderação entre o direito de acesso à informação e aos documentos administrativos e o direito à proteção de dados pessoais: quem e como decide?*, Lisboa, ISCTE, 2009. 127 f. Tese de mestrado.

diagnóstico. Ora, estas informações podem estar contidas em diferentes suportes, como uma radiografia, um registo escrito (físico ou eletrónico) ou, até, num registo audiovisual, como será o caso de um vídeo produzido por uma ecografia. A conservação da informação de saúde cabe às unidades do sistema de saúde, que são depositárias da informação de saúde, nos termos do artigo 2º, nº 1 da Lei de Informação de Saúde, que a devem reunir, por inteiro, num único processo, como resulta do artigo 5º, nº 2 do mesmo diploma. Aí define-se o processo clínico como «qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares». O nº 3 do mesmo artigo acrescenta que «cada processo clínico deve conter toda a informação médica disponível que diga respeito à pessoa»,³⁶¹ com a exceção da informação genética, que escapa ao âmbito da nossa investigação. Na verdade, parece-nos que o “processo clínico” é a expressão aplicável ao âmbito da saúde daquilo que, no artigo 3º, alínea c) da LPD, se denomina “ficheiro de dados pessoais”.

Estas disposições articulam-se perfeitamente com o dever deontológico que impende sobre os profissionais de saúde de documentarem toda a atividade clínica, como resulta do artigo 83º, alínea d) do EOE, do artigo 100º, nº 1 do CDOM, do artigo 20º do CDOMD e do princípio específico 2.2. do CDOP. Esta documentação tem como finalidades a segurança e a qualidade dos cuidados de saúde, pois garantem que as informações necessárias à prática clínica são conservadas.³⁶² Além disso, os registos clínicos também são um importante meio de comunicação entre os profissionais de saúde, sendo especialmente relevantes no âmbito do dever de assegurar a continuidade dos cuidados, como resulta do artigo 83º, alínea d) do EOE. Por fim, o processo clínico constitui, ainda, um meio de prova, pois é uma forma de tornar presentes, no tribunal, os factos sujeitos a juízo. Note-se que a prova apresenta maior fiabilidade quando os registos de saúde são

³⁶¹ Segundo o artigo 5º, nº 1 da Lei de Informação de Saúde, «a informação médica é a informação de saúde destinada a ser utilizada em prestações de cuidados ou tratamentos de saúde».

³⁶² *Vd. supra*, nota 343.

eletrónicos, uma vez que existe um elevado grau de certeza sobre a autoria e o momento do registo.

Em suma, em relação ao armazenamento da informação de saúde, ela poderá ser informatizada ou não e os registos poderão assumir as mais variadas formas, nomeadamente, escrita, visual ou sonora. Mais importante do que o suporte, relevam sobretudo os critérios que devem presidir a este armazenamento, nomeadamente a sua autenticidade e confidencialidade. De facto, há que garantir que os registos efetuados são autênticos, ou seja, que correspondem de facto à pessoa e a situação clínica do utente e que estão atualizados. Por outro lado, há que respeitar o direito do utente à reserva da vida privada, assegurando que os registos são mantidos em locais seguros e reservados, como resulta, de resto, do artigo 4º, nº 1 da Lei de Informação de Saúde. Quando os registos sejam eletrónicos, tal direito poderá ser garantido, por exemplo, através da fixação de diferentes níveis de acesso aos ficheiros.

Por fim, não poderemos deixar de fazer uma reflexão crítica sobre algumas disposições concretas do artigo 5º da Lei de Informação de Saúde, já referidas. A alusão a um processo clínico que contenha toda a informação de saúde disponível sobre o utente dos serviços de saúde parece-nos desfasada da atual prática clínica. Com efeito, o facto de o Sistema Nacional de Saúde conviver com a prestação de serviços de saúde privados, sem que haja uma clara articulação entre ambos, resulta desde logo numa fragmentação da informação de saúde. No entanto, mesmo dentro do Serviço Nacional de Saúde, não existe atualmente uma normalização dos procedimentos de registo, e muito menos uma ampla articulação das unidades de saúde que o integram.

A questão não ficaria completa sem uma alusão ao papel que aqui vão adquirindo as novas tecnologias de informação e de comunicação. Na verdade, foi pelo menos desde 1981 que, em Portugal, se assumiu a importância que a informática e a automatização do tratamento de dados

pode ter na formulação e avaliação das políticas de saúde,³⁶³ nomeadamente, no âmbito da investigação e tratamento estatístico, importante para gerar indicadores de saúde capazes de apoiar a decisão política.

Contudo, nas décadas mais recentes, as novas tecnologias de informação e comunicação têm-se demonstrado ferramentas importantes para aproximar os serviços de saúde ao cidadão e para melhorar a qualidade das prestações de saúde.³⁶⁴ Destacam-se, neste domínio, os esforços de criação de um registo de saúde eletrónico, gerados no seio da UE, através da Recomendação da Comissão, de 2 de julho de 2008, relativa à interoperabilidade transfronteiriça dos sistemas de registos de saúde eletrónicos, segundo a qual um registo de saúde eletrónico é um «registo médico completo ou documentação equivalente, e formato eletrónico, dos antecedentes e do estado de saúde atual, físico e mental, de uma pessoa, que permite obter prontamente estes dados para fins de tratamento médico e outros, estreitamente conexos».

Em Portugal, o Despacho n.º 10864/2009³⁶⁵ vem criar um grupo de trabalho para o registo clínico eletrónico, composto por representantes dos diversos setores e entidades da saúde. Aí se afirma que «no momento atual afigura-se desejável e incontornável que a informação clínica de um cidadão esteja ao dispor do próprio e do profissional de saúde que lhe presta um qualquer serviço, de modo adequado mas independente do momento e do local de prestação».

Com efeito, como resulta das conclusões do referido grupo de trabalho,³⁶⁶ um registo de saúde eletrónico seria uma ferramenta importantíssima para, por um lado, aumentar a qualidade e a segurança

³⁶³ Veja-se a Portaria n.º 830/81, de 23 de setembro, que veio criar grupos de decisão e grupos técnicos para a área da informação de saúde, a que se seguiu o Despacho Normativo n.º 33/82.

³⁶⁴ Pense-se na telemedicina ou na possibilidade de marcação de consultas on-line.

³⁶⁵ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 82, de 28 de abril de 2009.

³⁶⁶ Estas conclusões foram tornadas públicas a 26 de junho de 2009 e submetidas à discussão pública até 15 de setembro do mesmo ano, resultando no documento reformulado ao qual nos referimos. Todos estes documentos estão disponíveis em <http://www.portaldasauade.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/discussao/arquivo/registo+electronico.htm>. Consultado a 11-05-2012.

dos serviços de saúde, reduzindo o risco de erros que resultam da falta de informação para a decisão clínica e, por outro, reduzir os custos, pela racionalização dos recursos existentes. Além das melhorias para os cidadãos e para o Estado, também a investigação científica sairia beneficiada pelo maior rigor dos dados a ser tratados estatisticamente.

O despacho nº 27311/2009, emitido após a apresentação das conclusões do grupo de trabalho já referido, veio alterar a designação do registo clínico eletrónico, que se passou a denominar registo de saúde eletrónico, e, recordando o compromisso governamental de criação de um registo de saúde eletrónico para todos os portugueses até ao final de 2012, incumbiu a Administração Central do Sistema de Saúde de apresentar, até ao dia 31 de janeiro de 2010, um plano de operacionalização para a implementação efetivo registo de saúde eletrónico, o que veio a suceder. Este objetivo foi também incluído no Plano Tecnológico do XVIII Governo Constitucional, em particular na Agenda Digital aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros nº 91/2010, publicada em Diário da República, 1ª série, nº 225, a 19 de novembro de 2010. Aí se pode ler que uma das medidas da política “Saúde de proximidade” é a criação de um registo de saúde eletrónico, para cuja concretização foi criada uma Comissão Nacional para o Registo de Saúde Eletrónico,³⁶⁷ que assumiu a missão de «garantir o cumprimento dos planos aprovados, que preveem a adoção de uma versão de RSE [Registo de Saúde Eletrónico] resumido e de contexto nacional, até ao final de 2012, e a implementação de uma versão completa até ao final de 2015».

Com a mudança do contexto político nacional e o deterioramento da situação económica, o XIX Governo Constitucional veio revogar o despacho que havia criado a Comissão Nacional para o Registo de Saúde Eletrónico, afirmando, contudo, que «há a necessidade de efetivar a concretização de medidas operacionais, não se justificando o atual modelo de governação existente, mantendo-se a continuidade e

³⁶⁷ Esta comissão foi criada pelo Despacho nº 381/2011, publicado em Diário da República, 2ª série, nº 5, a 7 de janeiro de 2011.

implementação dos trabalhos a ser coordenada por uma comissão de natureza diversa, sem capacidade de contratar e de contrair encargos»,³⁶⁸ pelo que se aguardam desenvolvimentos nesta matéria.

1.2. O acesso à informação de saúde

Neste ponto, trataremos das normas que contendem com o modo de comunicação da informação de saúde. Com efeito, o tratamento de dados inclui as questões relativas ao seu acesso. É aqui que surgem os maiores problemas de articulação entre os três diplomas já mencionados: a LIS, a LPD e a LADA.

1.2.1. O acesso pelos profissionais de saúde

O acesso à informação de saúde pelos profissionais de saúde é realizado pela comunicação que se estabelece entre a equipa de saúde, no contexto descrito no ponto 3 do capítulo anterior. Assim sendo, esta comunicação pode ser feita verbalmente ou por escrito, nomeadamente através da consulta do processo clínico, onde deverão constar todas as observações, procedimentos, tratamentos e exames realizados.

O artigo 5º, nº 4 da Lei de Informação de Saúde não é muito claro neste aspeto. Com efeito, pode ler-se aí que «a informação médica é inscrita no processo clínico pelo médico que tenha assistido a pessoa ou, sob a supervisão daquele, informatizada por outro profissional igualmente sujeito ao dever de sigilo, no âmbito das competências específicas de cada profissão e dentro do respeito pelas respetivas normas deontológicas». Face ao nº 1 do mesmo artigo, que refere poder o processo clínico ser informatizado ou não, a interpretação gramatical deste preceito parece indicar que a informação contida no processo clínico provém sempre do médico, podendo ser informatizada por este ou por outro profissional de saúde, sob a sua supervisão. Ora, tal

³⁶⁸ Despacho nº 15748/2011, publicado em Diário da República, 2ª série, nº 223, a 21 de novembro de 2011.

interpretação não faz sentido face ao princípio da complementaridade funcional que rege as profissões de saúde, nem em relação às práticas atuais de registos de saúde.³⁶⁹ Na verdade, parece que o legislador não compreende que os registos clínicos, reportando-se à saúde do utente, abarcam diferentes áreas das ciências da saúde, competindo a sua elaboração a diferentes profissionais de saúde.

O nº 5 do mesmo preceito vem estabelecer critério idêntico para a consulta do processo clínico, ou seja, o processo só poderia ser consultado por um médico incumbido da realização de prestações de saúde ou por outro profissional de saúde obrigado a segredo profissional, sob a supervisão do médico. Ora, também aqui nos parece absurdo impor uma tutela médica para a consulta de processos por parte de outros profissionais de saúde. Note-se que nos referimos aos profissionais de saúde que estão implicados no processo terapêutico e que tomam parte na própria elaboração do processo clínico.

Toda a transmissão da informação entre profissionais de saúde deve ter o cuidado de preservar intacto o direito à reserva da vida privada da pessoa a quem as informações dizem respeito. Isto mesmo refere o artigo 4º, nº 1 da Lei de Informação de Saúde. Uma das formas de dar resposta a esta exigência é assegurar a aplicação do critério da necessidade no acesso à informação, formando os profissionais para o cumprimento dos seus deveres deontológico, *maxime*, o dever de guardar segredo. Destarte, o profissional de saúde deverá ter acesso à informação necessária para a prestação de cuidados de saúde de qualidade.

Por outro lado, se se trata de um registo de saúde eletrónico, uma das formas de garantir a confidencialidade poderá ser o estabelecimento de

³⁶⁹ Neste mesmo sentido, defendendo a revisão da norma em apreço, *vd.* DEODATO, Sérgio – *Direito à Saúde*, p. 153: «Esta formulação encontra-se claramente afastada da realidade nas organizações de saúde, onde, no mínimo, as equipas de saúde são constituídas por médico e por enfermeiro, ambos profissionais autónomos e portanto com competências próprias, o que os obriga a efetuarem os seus próprios registos. Com efeito, os registos são relativos a atos praticados no âmbito das suas competências específicas e que são objeto de análise em sede de avaliação de responsabilidade profissional [...]». Também no documento sobre o Estado da Arte do Registo de Saúde Eletrónico, p. 79, lê-se que «A prestação de cuidados de saúde é um trabalho de equipa, em que todos os elementos (profissionais de saúde) produzem informação que deve ser registada e partilhada através do acesso ao registo de saúde».

diferentes níveis de acesso à informação, como refere o n° 4 do artigo 4° da LIS.

O Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros pronunciou-se já sobre algumas questões relacionadas com esta transmissão da informação e que não deixamos de referir. Assim, no parecer n° 15/2008, colocou-se a questão de saber se um doente de uma Unidade de Cuidados Continuados que precisa de se deslocar ao serviço de urgência de um hospital ou a uma consulta de especialidade poderia fazer-se acompanhar pelo seu processo clínico, que estaria à guarda de um profissional da Unidade de Cuidados Continuados que acompanha o paciente. O parecer considerou que nada obstará a tal procedimento, desde que se pautasse pela estrita necessidade da informação para o cuidado de saúde e o paciente tivesse consentido na partilha da informação. O Conselho Jurisdicional chamou ainda a atenção para a necessidade de ponderar os benefícios e os riscos envolvidos, nomeadamente o risco de se perder a informação contida no processo. Patentemente, estamos perante um caso de um processo em suporte papel, tornando-se mais uma vez evidentes as vantagens que teria a desmaterialização dos processos clínicos e a sua disponibilização no tempo e lugar da prestação dos cuidados de saúde.

1.2.2. O acesso pelos utentes dos serviços de saúde

Também o utente dos serviços de saúde tem, por princípio, direito de consultar a informação de saúde que a ele respeita.³⁷⁰ Na verdade, recordamos que é ele o titular dessa informação, conforme dispõe o artigo 3°, n° 1 da LIS. No entanto, o n° 3 do mesmo preceito condiciona o acesso ao processo clínico à mediação de um médico, escolhido pelo titular da informação, o que é confirmado pelo artigo 11°, n° 5 da LPD. Parece-nos que a intenção do legislador terá sido garantir que o utente compreende a informação contida no processo clínico. No entanto, não

³⁷⁰ *Vd.* artigo 3°, n° 2 da LIS, salvaguardando, contudo, a hipótese de aplicação do privilégio terapêutico.

podemos deixar de considerar que se trata de uma solução manifestamente paternalista e, de certo modo, desprovida de sentido, se considerarmos, como já foi dito, que o processo clínico não contém apenas registos médicos.

Neste sentido, parece-nos muito mais adequada a disposição contida no artigo 7º da LADA, que deixa à consideração do requerente solicitar ou não a participação de um médico na consulta dos dados de saúde. Sendo este diploma mais recente do que a Lei de Informação de Saúde, sempre que o processo clínico seja, simultaneamente, um documento administrativo,³⁷¹ aplicar-se-á este preceito. Para as instituições de saúde privadas, vigora o referido artigo da LIS, o que cria um regime de desigualdade injustificada.³⁷²

Independentemente destas considerações, é de louvar que o legislador tenha dotado o utente dos serviços de saúde da possibilidade de consulta do seu processo clínico acompanhado de um médico da sua escolha, ao invés do médico que fez os registos. Na verdade, só assim se garante que, por exemplo, em caso de suspeitas de má prática profissional, o utente tem um acesso independente ao processo, sem eventuais influências do profissional de saúde que quer responsabilizar. Deste modo, o artigo 100º, nº 4 do CDOM³⁷³ terá de ser interpretado em atenção a estas normas, podendo sempre o paciente consultar o processo acompanhado de médico da sua escolha, ou até sozinho, nos casos em que seja aplicável a LADA.

³⁷¹ Nos termos do artigo 3º, nº 1, alínea a) da LADA, um documento administrativo é «qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, eletrónica ou outra forma material, na posse dos órgãos e entidades referidos no artigo seguinte, ou detidos em seu nome».

³⁷² No mesmo sentido, veja-se o documento sobre o Estado da Arte do Registo de Saúde Eletrónico, p. 78.

³⁷³ Dispõe este artigo que o «doente tem direito a conhecer a informação registada no seu processo clínico, a qual lhe será transmitida, se requerida, pelo próprio médico assistente ou, no caso de instituição de saúde, por médico designado pelo doente para este efeito».

1.2.3. O acesso por terceiros

A informação de saúde é composta por dados sensíveis, por isso, o seu acesso por terceiros está limitado pelo direito à reserva da vida privada da pessoa a quem respeitam os dados. Também aqui se distinguem dois regimes, um para o caso da informação clínica estar contida em contida em documentos administrativos e outro para as situações em que não está.

Relativamente ao primeiro caso, nos termos dos artigos 268º, nº 2 da CRP e 5º da LADA, todas as pessoas têm o direito de aceder a documentos administrativos, independentemente de demonstrarem ter um interesse na sua consulta. No entanto, os documentos administrativos que contenham dados sensíveis são chamados “documentos nominativos” (artigo 3º, nº 1, alínea b) da LADA) e o regime aplicável é diferente.

Por regra, os terceiros não têm direito de aceder a documentos administrativos nominativos. Todavia, de modo excecional, o acesso é permitido sempre que, por um lado, haja consentimento do titular da informação de saúde ou, por outro, o terceiro demonstre ter um interesse direto, pessoal e legítimo no acesso a tais documentos (artigo 3º, nº 3 e artigo da LADA), não podendo a informação ser utilizada para fins diversos dos que determinaram o acesso (artigo 8º, nº 2 da LADA).

No caso de a informação estar depositada em entidades privadas, aplica-se o disposto nos artigos 3º, nº 2 e 3 e artigo 4º, nº 2 da LIS. Aí se determina que o titular da informação de saúde pode autorizar a sua comunicação a terceiros, aplicando-se as mesmas regras que se destinam ao acesso por parte do utente (exceto, por motivos lógicos, a exceção do privilégio terapêutico).

Especificamente no artigo 4º, nº 2 da LIS esclarece-se a existência de um dever que impende sobre as unidades do sistema de saúde de impedir o acesso indevido de terceiros aos processos clínicos e aos sistemas informáticos que contenham informações de saúde. Este

também é um aspeto do dever de guardar segredo que impende sobre os profissionais de saúde.³⁷⁴

Uma vez mais, recorremos aos pareceres do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros para ilustrar o regime jurídico aplicável.

Com efeito, no parecer nº 20/2001, coloca-se a questão de saber se a passagem de turno de enfermagem, quando efetuada junto a um doente que está numa enfermaria – portanto, num espaço de grande proximidade física com outros pacientes –, coloca em causa o direito do doente à reserva da vida privada, protegido pelo segredo profissional. O Conselho Jurisdicional determina que a passagem de turno não tem de ser realizada obrigatoriamente num espaço determinado, sendo possível que o enfermeiro veicule alguma informação na presença do doente em enfermaria e complemente tal informação num espaço de trabalho especificamente destinado aos enfermeiros, salientando, sobretudo, que o essencial é garantir, por um lado, os direitos dos utentes à privacidade e confidencialidade e, por outro, a possibilidade de utilização do “privilégio terapêutico”. Conclui-se, portanto, que «o que poderá estar em causa não será o lugar, propriamente dito, mas o conteúdo das informações transmitidas, diante de terceiros».

Também o parecer nº 8/2008 responde a uma questão muito interessante neste domínio, que é a da transmissão de informações por via telefónica a familiares dos utentes. Mais uma vez, o Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros conclui que a decisão só pode ser tomada face ao caso concreto, não se devendo excluir a transmissão da informação pelo simples facto de ser utilizado o telefone, devendo ser salvaguardados os aspetos relativos à identidade do interlocutor e à vontade do paciente.

Por fim, referimos o parecer nº 73/2008, relativo à possibilidade de consulta do processo clínico de um doente por parte de um membro da direção de uma organização de saúde. Nesta situação, trata-se, fundamentalmente, de saber se um membro da instituição de saúde,

³⁷⁴ Veja-se o artigo 102º do EOF, que faz uma referência específica à obrigação de tomar medidas para «evitar que terceiros se apercebam das informações respeitantes à situação clínica do doente.»

nomeadamente, um membro da direção, é considerado um terceiro ou se está perante um outro regime de acesso. O Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros considera que a informação de saúde só pode ser partilhada com o utente e com aqueles que estão implicados no plano terapêutico, rejeitando que, por regra, o processo clínico seja consultado «pelas direções de unidades de saúde ou de quaisquer lares ou casas de repouso». No entanto, admite-se que haja uma exceção a esta regra, sempre o acesso à informação de saúde se mostre como imprescindível para o fim que se prossegue e que esse fim lhe incumba por lei, como seja o caso, invocado no parecer, de «um determinado episódio factual [poder] ser suscetível de configurar um ilícito disciplinar ou criminal em virtude da ação ou omissão de um profissional de saúde que exerça a sua profissão na unidade de saúde. Nestes casos, poder-se-á verificar como necessário para o apuramento da verdade material de uma determinada situação concreta o acesso aos dados de saúde de um determinado cliente».

2. A responsabilidade pela violação de deveres de informação

No capítulo precedente, desenvolvemos uma reflexão em torno de vários deveres de informação que emergem de relações jurídicas que se desenvolvem em contextos de saúde. Resta-nos, portanto, tentar compreender de que forma o ordenamento jurídico reage às situações em que tais deveres não são cumpridos, tornando-se necessário encontrar formas de tutelar os direitos correspondentes.

2.1. A responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de informar o doente

A omissão da transmissão da informação relevante em contextos de saúde, por parte dos profissionais de saúde, em relação aos doentes que assistem é um facto qualificado por várias normas do nosso ordenamento

jurídico como gerador de responsabilidade, tanto no domínio penal, como civil e disciplinar.³⁷⁵

2.1.1. Responsabilidade penal

A responsabilidade penal dos profissionais de saúde³⁷⁶ resulta dos artigos 150º,³⁷⁷ 156º³⁷⁸ e 157º do CP. No que concerne aos médicos, o nosso ordenamento jurídico prevê ainda, no artigo 284º do CP, o crime de recusa de médico, que «traduz uma agravação especial da violação do dever geral de auxílio».³⁷⁹

O número de casos que encontramos referentes à punição de profissionais de saúde ao abrigo destas normas foi escasso e, no que se refere ao artigo 156º do CP, nulo. Com efeito, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos com violação das *leges artis* surgem como objeto de decisão de alguns acórdãos. No entanto, tal prática é qualificada como uma ofensa à integridade física, pelo que o artigo 150º não tem autonomia na grande maioria dos casos.³⁸⁰ O crime de recusa de

³⁷⁵ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 25; SOUSA, Miguel Teixeira de – *op. cit.*, p. 124. Também o acórdão do STJ, de 19-06-2001 afirma que a «responsabilidade [médica] pode ser civil, criminal ou disciplina, podendo esta última situar-se num plano de tutela de autoridade médica pública ou num plano disciplinar laboral privado».

³⁷⁶ Embora os referidos artigos digam respeito a “intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos”, não há dúvida que abrangem todos os profissionais de saúde que executem um ato terapêutico. Assim decorre da expressão «médico ou por outra pessoa legalmente autorizada». DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, p. 69, exemplificando, consideram incluir-se na expressão, entre outros, os enfermeiros, parteiras, dentistas e os protésicos.

³⁷⁷ O nº 1 deste artigo corresponde, com ligeiras alterações formais, ao artigo 150º do CP de 1982. Já o nº 2 foi introduzido pela Lei nº 65/98, de 2 de setembro. Cf. GONÇALVES, M. Maia – *Código Penal Português*, 14º ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 505.

³⁷⁸ O texto do atual artigo 156º resulta da revisão de 1995, efetuada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março. O texto anterior, expresso no artigo 158º, era muito semelhante, vindo com a revisão esclarecer-se o caráter alternativo das alíneas do nº 2 e eliminando-se o nº 3, onde se podia ler “O agente não será igualmente punível quando a intervenção ou o tratamento forem impostos pelo cumprimento de uma obrigação legal”, por se considerar estar já abrangido pelo artigo 31º, nº 2, al. c) do CP. Cf. GONÇALVES, M. Maia – *op. cit.*, p. 527.

³⁷⁹ Cf. acórdão do TRP, de 03-06-2009. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

³⁸⁰ Com efeito, existem algumas dificuldades em autonomizar a punição do artigo 150º do CP em relação aos crimes de ofensas à integridade física. Neste sentido, leia-se ANDRADE, Manuel da Costa – *Artigo 150º...*, p. 313: «uma intervenção médico-cirúrgica levada a cabo com violação *dolosa* – das *leges artis* configura uma

médico também encontra algumas condenações.³⁸¹ Já as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias ainda não têm expressão na atual jurisprudência.

A responsabilidade penal por violação do dever de informar decorre do disposto nos artigos 156º do CP, complementado pelo artigo 157º do mesmo diploma. Como já referimos, o artigo 156º do CP prevê e pune as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, configurando-as como um crime contra a liberdade.

Na verdade, o que o artigo 156º do CP vem estabelecer é a exigência de o profissional de saúde obter o consentimento informado do paciente para a execução de um ato terapêutico da sua competência. Ora, o consentimento informado é um instituto que tem vários pressupostos,³⁸² entre os quais avulta precisamente o dever de informar ou, na terminologia do CP, *esclarecer* o paciente sobre um conjunto de aspetos relativos à sua condição clínica.

ofensa corporal típica [...] Na medida em que provoca um *perigo para a vida* o facto é já punido pelo art. 144º al. d) face ao qual o n.º 2 do art. 150º parece emergir como norma *subsidiária*. Só na parte em que provoca um perigo para o *corpo ou para a saúde* terá o preceito conteúdo normativo próprio e novo». A nível jurisprudencial, consulte-se o acórdão do TRL, de 18-12-2007, que julga o caso de uma senhora que sofria de espondilite anquilosante, tendo sido proposto um tratamento experimental com um medicamento denominado Remicade. Um dos efeitos secundários do Remicade era o possível desenvolvimento de uma tuberculose pulmonar. A assistente, que alega nunca ter sido informada de tal efeito, vem a contrair a referida doença. A assistente pretendia a condenação dos médicos, ao abrigo dos artigos 148º (ofensas à integridade física) e 156º do CP. O tribunal considerou que houve violação de *leges artis*, uma vez que os médicos não tinham acompanhado devidamente a situação da assistente, mas consideraram não ser possível uma condenação, por não estar provado o nexo de causalidade entre o uso do Remicade e a contração de tuberculose pulmonar por parte da assistente, considerando que, embora fosse uma hipótese, tal não era suficiente em processo penal. No entanto, uma vez provada a violação de *leges artis*, o Tribunal considerou que não seria possível a condenação pelo crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, pois é um tipo legal incompatível com uma atuação desconforme às *leges artis*. Veja-se ainda os acórdãos do TRG, de 03-05-2004 (onde também foi provada a violação das *leges artis*, mas não o nexo de causalidade), do TRE de 08-04-2010 (também com uma absolvição, considerando o Tribunal que o artigo 150º do CP, *ex vi* artigo 13º do CP, é um tipo de crime que apenas admite o dolo e, sendo a conduta do médico negligente, não se enquadra em tal tipo de crime) e do TRP de 19-03-1998, com um entendimento diferente, afirmando que “os factos referidos no artigo 150º do CP só integram ilícito penal se houver ofensa no corpo ou na saúde, seja tal ofensa dolosa ou negligente”. Todos disponíveis em: www.dgsi.pt. Consultados a 10-01-2012.

³⁸¹ *Vd.* acórdãos do STJ, de 06-03-1991 e de 26-11-1993 e o acórdão do TRP, de 03-06-2009. Todos disponíveis em: www.dgsi.pt. Consultados a 10-01-2012.

³⁸² *Vd. Supra*, nota 282.

De tal forma é este requisito relevante, que o próprio CP lhe dedica um artigo específico – o artigo 157º. A falta de esclarecimento do paciente vicia o consentimento, tornando-o ineficaz. Com efeito, quando o profissional de saúde não cumpre o seu dever de esclarecer o paciente, ele não viola apenas um direito fundamental do paciente – que é o direito à liberdade –, mas faz perigar a própria relação que mantém com a pessoa que se colocou aos seus cuidados, uma vez que tal omissão trai a confiança que nele tinha sido depositada.³⁸³

Note-se, a este propósito, que os profissionais de saúde estão obrigados a respeitar a vontade do doente, ainda que tal vontade apareça aos seus olhos como irracional. É o que decorre de um acórdão do STA, de 09-03-2000,³⁸⁴ em cujo sumário se pode ler que

«Não tendo os lesados alegado que a recusa de aceitação da prestação de cuidados de saúde por parte do paciente resultou de incumprimento do dever de informação por parte do médico, está vedado extrair a conclusão da violação desse dever, mediante presunções judiciais, apenas com base na irracionalidade dessa recusa».

O que o STA vem afirmar é a impossibilidade de, partindo do facto da irracionalidade da recusa, se firmar um facto desconhecido, que é a violação do dever de esclarecimento por parte do médico. Parece-nos que esta é uma decisão acertada, na medida em que admitir tal presunção, significaria que o esclarecimento, só por si, conduziria a uma única

³⁸³ No mesmo sentido, *vd.* RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, p. 298. O autor classifica a violação do dever de esclarecer como um erro médico, mais especificamente, como o erro na relação médico/paciente (o autor circunscreveu o seu trabalho ao exercício da medicina, mas não vemos razões que impeçam a sua aplicação a outros profissionais de saúde; muito pelo contrário, uma vez que para qualquer intervenção de saúde, independentemente do profissional de saúde que a planeia ou executa, é necessária a obtenção do consentimento informado do paciente). Excetuam-se, como decorre da última parte do artigo 157º do CP, os casos em que tenha lugar o privilégio terapêutico.

³⁸⁴ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012. É verdade que não estamos aqui em sede penal, mas cremos que este tópico poderá ser utilizado em qualquer domínio de aplicação do Direito que implique uma análise do dever de esclarecimento.

decisão racional, o que constituiria, sem dúvida, uma limitação do direito dos indivíduos à autodeterminação em cuidados de saúde.

O crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias é um crime dependente de queixa, ou seja, trata-se de um crime semipúblico (artigo 156º nº 4 do CP) e a pena a aplicável é a pena de prisão, até três anos, ou a pena de multa.

A negligência grosseira³⁸⁵ na representação dos pressupostos do consentimento é punível, mas atenua a moldura aplicável, que passa a ser de pena de prisão até seis meses ou pena de multa até sessenta dias. Não temos conhecimento de casos de condenação pela prática deste crime.

Por fim, convém salientar que há situações em que o CP vem dispensar o profissional de saúde da obtenção do consentimento real do paciente. Com efeito, nos casos previstos no artigo 157 nº 2, do CP, entende-se que, não havendo «circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado», o profissional de saúde pode atuar presumindo o consentimento daquele que assiste, sempre que esteja perante casos de emergência, seja ela no decurso de uma intervenção ou tratamento (artigo 156º nº 2 al. b) do CP) ou não (artigo 156º nº 2 al. a) do CP).

2.1.2. Responsabilidade civil

A responsabilidade civil dos profissionais de saúde é, de longe, o tipo de responsabilidade mais tratado, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Este facto não é de estranhar, considerando que o próprio direito civil é um dos ramos mais antigos do direito vem sendo sucessivamente desenvolvido.

No plano da responsabilidade civil por atos dos profissionais de saúde, a primeira nota a fazer é que não existe, entre nós, um regime especial para tal responsabilidade, sendo aplicáveis as normas gerais.

³⁸⁵ Na versão originária do CP, todas as modalidades de negligência eram puníveis.

Nos dias de hoje, é consensual considerar-se que a relação que normalmente se estabelece entre os profissionais de saúde e o utente dos seus serviços é de tipo contratual,³⁸⁶ pelo que a violação dos deveres contratuais – entre os quais se incluirá o dever de informação – acarretará responsabilidade contratual.

No entanto, considerando que a atuação ilícita destes profissionais é suscetível de atingir, concomitantemente, direitos absolutos, como a vida, a saúde, a integridade física ou a liberdade, tal atuação dará lugar também a responsabilidade extracontratual.³⁸⁷ No campo da responsabilidade extracontratual, tendo em consideração que um elevadíssimo número de relações terapêuticas se estabelece no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, será ainda pertinente analisar o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado.³⁸⁸

Como se nota, o campo de aplicação da responsabilidade civil é demasiado amplo para poder ser incluído, de forma aprofundada, no

³⁸⁶ Note-se que nem sempre foi assim. Com efeito, já os romanos rejeitavam a possibilidade de atribuir à relação entre médicos e doentes uma natureza contratual, em virtude de se tratar de uma «manifestação da inteligência humana, não [sendo] passível de ser objeto de uma transação – o que seria acentuado pelo valor superior dos bens (como a vida e a saúde humanas) com que a atividade contende», como refere PEDRO, Rute Teixeira – *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 56; *vd.* também PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, pp. 30 e ss. Questão também deveras pertinente, e que suscita grande controvérsia doutrinal e jurisprudencial, é a questão da natureza da responsabilidade dos profissionais de saúde, máxime médicos (que é a perspetiva sobre a qual normalmente a questão é posta) em instituições de saúde privadas. Tal reflexão não cabe no nosso estudo, mas veja-se, por todos, o trabalho de OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – *Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: Problemas de Ilícitude e de Culpa*, in «Responsabilidade Civil dos Médicos», org. OLIVEIRA, Guilherme de, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 127-255.

³⁸⁷ Cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *op. cit.*, p. 81; SOUSA, Miguel Teixeira de – *op. cit.*, pp. 127; PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, p. 39. Note-se que apenas é de admitir a responsabilidade extracontratual por factos ilícitos e, já não, a responsabilidade pelo risco, em virtude do disposto no artigo 483º nº 2 do CC. Sobre esta matéria, *vd.* DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, p. 38. O mesmo se aplica à responsabilidade extracontratual por factos lícitos danosos, pelo mesmo motivo. Confirmando este entendimento, veja-se o acórdão do STJ, de 15-12-2011. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

³⁸⁸ Note-se, contudo, que a questão da natureza da relação que se estabelece entre o utente do Serviço Nacional de Saúde e as instituições de saúde pública não é pacífica, entendendo a doutrina e jurisprudência maioritária que se trata de responsabilidade extracontratual e a doutrina minoritária que existe um contrato entre ambos, fonte de responsabilidade contratual. *Vd.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, pp. 45-47; DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, pp. 48-51.

trabalho que nos propusemos. Por isso, optando por uma exposição de carácter mais tópico do que sistemático, decidimos apenas acolher algumas questões que se vêm fazendo sentir com mais acuidade, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Em primeiro lugar, como questão prévia, tratemos já do problema do concurso de responsabilidades. Esta é uma situação bastante frequente, já que o mesmo facto ilícito decorrente de uma atuação no âmbito da relação terapêutica poderá encontrar-se coberto por ambas as modalidades: basta que exista a violação de um direito absoluto e que, simultaneamente, tal violação ocorra no domínio de uma relação contratual. Como refere o acórdão do STJ, de 15-12-2011:³⁸⁹

«estas duas espécies de responsabilidade civil podem coexistir, pois que o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito. Existe um único dano, produzido por um único facto, só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física»

Qual dos dois regimes deverá ser aplicado? Na verdade, embora semelhantes³⁹⁰ – afinal trata-se sempre de responsabilidade civil – ambos comportam desigualdades que não são desprezíveis. Seguindo, neste ponto, Mário Júlio de Almeida Costa,³⁹¹ vejamos quais são as principais diferenças de regime.

Em primeiro lugar, a culpa, que é presumida na responsabilidade contratual (artigo 799º do CC), não o é na responsabilidade extracontratual (artigo 487º nº 1 do CC).

No caso de existirem vários lesantes, a sua responsabilidade é solidária em sede de responsabilidade extracontratual (artigos 497º e

³⁸⁹ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

³⁹⁰ Note-se que, por exemplo, o regime da obrigação de indemnização, que decorre do preceituado nos artigos 562º e ss., aplica-se a todas as situações de responsabilidade civil, «independentemente da fonte de onde procede» (*vd.* COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12º ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 542). Também os pressupostos da responsabilidade são os mesmos: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (*cf.* acórdão do STJ, de 15-12-2011, já citado).

³⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 545-548. *Vd.* também DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, p. 39.

507º do CC), o que não sucede na responsabilidade contratual (artigo 513º do CC).

A responsabilidade extracontratual prescreve no prazo de três anos (artigo 498º do CC), enquanto a responsabilidade contratual se rege pelo prazo ordinário de vinte anos (artigo 309º do CC).

Caso se trate de responsabilidade por facto de terceiro, na responsabilidade extracontratual existe o requisito de comissão, estabelecido pelo artigo 500º do CC, enquanto na responsabilidade contratual não é exigida a existência de uma relação de subordinação entre o devedor e o auxiliar (artigo 800º do CC).

Por fim, referimos apenas o facto de, em sede de responsabilidade extracontratual e quando haja mera culpa do lesante, se admitir a graduação equitativa da indemnização (artigo 494º do CC), o que não se aplica, no entender de alguma doutrina,³⁹² à responsabilidade contratual.

Em termos gerais e abstratos, resulta ser o regime da responsabilidade contratual o que mais favorece o lesado.³⁹³

Quanto ao concurso de responsabilidades, a doutrina aponta várias soluções, que se podem reconduzir a dois sistemas: o sistema de cúmulo e o sistema de não cúmulo. No primeiro caso, colocam-se geralmente três hipóteses: (1) o lesado poderia optar, para cada questão em concreto, pela norma que lhe fosse mais conveniente; (2) o lesado poderia escolher o regime que, na globalidade, se apresentasse mais favorável; ou (3) o lesado poderia interpor duas ações, uma de responsabilidade contratual e outra de responsabilidade extracontratual.³⁹⁴ Já o sistema de não cúmulo defende, com base no princípio da consunção, a aplicação do sistema da responsabilidade contratual.³⁹⁵

³⁹² COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op. cit.*, p. 544, nota 1.

³⁹³ *Idem, ibidem*, p. 548.

³⁹⁴ A última solução é rejeitada pela doutrina, que considera existir um único dano e, portanto, uma única pretensão. *Vd. DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – op. cit.*, p. 40.

³⁹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op. cit.*, p. 548. *Vd. ainda acórdão do TRL de 19-04-2005. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.*

Considerando que o regime a escolher deverá ser aquele que melhor acautela os interesses em causa, tem a nossa jurisprudência entendido que, em caso de concurso de responsabilidades, se deverá optar pela aplicação do regime que mais favoreça o lesado,³⁹⁶ que será normalmente o da responsabilidade contratual.³⁹⁷

Em abono da verdade, é de salientar que a favorabilidade do regime da responsabilidade contratual no caso de ações contra profissionais de saúde assenta, essencialmente, na questão do ónus da prova da culpa, estabelecida pelo artigo 799º do CC.

Ora, durante muito tempo houve alguma relutância da doutrina e também da jurisprudência em considerar que aquele preceito poderia ser acionado em ações de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, ainda que estivéssemos em sede de responsabilidade contratual.³⁹⁸

Tal opção baseava-se, sobretudo, na distinção que ainda hoje se faz entre obrigação de meios e obrigação de resultado e na consideração de que, normalmente,³⁹⁹ a obrigação dos profissionais de saúde é uma

³⁹⁶ Esta é a solução lógica, uma vez que só assim é possível assegurar que o lesado em sede de responsabilidade civil e contratual não se encontrará numa situação mais desfavorável do que um lesado a quem, por exemplo, seja apenas possível acionar a responsabilidade civil contratual.

³⁹⁷ Note-se que não existe uma solução unânime, nem na doutrina, nem na jurisprudência. Defendendo a teoria do não cúmulo, temos COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op. cit.*, p. 550 e, no domínio da jurisprudência, veja-se o acórdão do STJ, de 22-09-2011. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012. Em sentido contrário, defendendo uma teoria da opção, temos BARBOSA, Mafalda Miranda – *Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica: anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2003*, in «Lex Medicinæ», Ano 4, n.º 7, 2007, p. 132.

³⁹⁸ *Vd.*, por todos, NUNES, Manuel Rosário – *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 46-59.

³⁹⁹ Com efeito, embora seja geralmente correto qualificar a obrigação do profissional de saúde como uma obrigação de meios, e não de resultado, esta análise deve ser casuística. Assim procede o STJ, no acórdão de 04-03-2008, ao considerar que «se o ato médico não comporta, no estado atual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a atuar segundo as *legis artes*; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente» e, reportando-se ao caso *sub iudice*, «face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma». Com efeito, tratava-se do caso de um homem que tinha sido submetido a uma prostatectomia radical, com base num erro de análises, cujo relatório indicava que o A. sofria de um cancro de próstata quando, na realidade, se veio a provar que apenas tinha uma prostatite (inflamação da próstata, facilmente tratável por meios não cirúrgicos). Em virtude da cirurgia, o A. deixou de conseguir reter a urina e sofre de disfunção erétil. Veja-se, ainda o acórdão do TRL, de 19-04-

obrigação de meios, pois não têm o dever de obter um resultado – a cura ou o alívio das dores, por exemplo – mas apenas o dever de atuarem diligentemente no âmbito das suas competências, empregando todos os meios adequados a obter aquele resultado,⁴⁰⁰ que nunca poderá ser garantido.⁴⁰¹

2005, que considera ser também uma obrigação de resultado a leitura correta de uma mamografia. Já o acórdão do STJ, de 07-10-2010 distingue a obrigação de resultado da de meios através de um critério que nos parece deveras curioso. Com efeito, depois de se afirmar que «Em regra, a obrigação do médico é uma *obrigação de meios* (ou de *pura diligência*), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (ato ou omissão) do prestador obrigado não foi conforme com as regras de atuação suscetíveis de, em abstrato, virem a propiciar a produção do almejado resultado» procede em seguida a uma mudança da natureza da obrigação, tendo em conta o facto de se tratar de um médico especialista, afirmando que «Já se se tratar de *médico especialista*, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico *dever do emprego da técnica adequada*, se torna compreensível a *inversão do ónus da prova*, por se tratar de uma *obrigação de resultado* – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (*prova do incumprimento*), o que tem por base uma *presunção da censurabilidade ético-jurídica* da sua conduta». Não temos dúvida que o Tribunal pretendia fazer valer a inversão do ónus da prova, mas não deixa de ser caricato que o tenho feito precisamente pela via da qualificação de uma violação das *leges artis* (nas palavras do acórdão «a utilização da técnica incorreta dentro dos padrões científicos atuais traduz a chamada *imperícia* do médico») como uma obrigação de resultado. Já no que se refere à cirurgia estética, há entendimentos diversos. Por exemplo, no acórdão do TRP, de 20-07-2006, defende-se que «não [faz] sentido exigir que mesmo na cirurgia plástica reconstrutiva, que o médico tivesse uma obrigação de resultado», enquanto no acórdão do STJ, de 17-12-200, se afirma que «Em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena” e, continuando, diz que «a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor», pelo que bastará ao lesado fazer prova da obtenção do resultado ou do resultado defeituoso para que se dê a inversão do ónus da culpa prevista no artigo 799º do CC. Disponíveis em: www.dgsi.pt. Consultados a 10-01-2012

⁴⁰⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de – *op. cit.*, pp. 125-126. O autor, contudo, considera ser preferível qualificar tal obrigação como uma «obrigação de risco ou de resultado aleatório, porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável».

⁴⁰¹ Embora seja atualmente indiscutível o enraizamento desta distinção na doutrina e jurisprudência nacionais, consideramos oportuno referir a opinião de ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *op. cit.*, p. 110, para quem tal classificação poderia ser um fator de «perturbação face à presunção de culpa genericamente estabelecida pelo artº 799º, nº 1», como de facto veio a acontecer. Assim, conclui o ilustre jurista que «a distinção acaba pois por ser fonte das confusões ou imprecisões que pretenderia evitar, pelo que é preferível renunciar a ela e estabelecer o elenco adequado dos deveres, principais e acessórios, que incidem sobre o médico ou a unidade privada de saúde».

Deste modo, como explica Miguel Teixeira de Sousa:⁴⁰²

«[...] dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. Apesar do concurso entre a responsabilidade contratual e extracontratual, o ónus da prova da culpa do médico determina-se exclusivamente pelo regime daquela responsabilidade delitual, pelo que este último absorve a inversão característica da responsabilidade contratual»

Hoje em dia, persistindo ainda a divergência doutrinal e jurisprudencial sobre a matéria, é possível considerar-se a constituição paulatina de uma corrente jurisprudencial que não encontra razões para afastar a aplicação da inversão do ónus da prova da culpa,⁴⁰³ entendendo que o *busílis* da questão está no entendimento do conteúdo da obrigação devida. Assim, se esta obrigação consiste na observância de deveres de cuidado, bastará ao paciente provar que houve violação de tais deveres – e não a mera frustração de um determinado resultado – para recair sobre o devedor (profissional de saúde) o ónus de provar que tal violação não procedeu de culpa sua.

O conceito de culpa adotado, tanto no âmbito da responsabilidade contratual, como no da responsabilidade extracontratual, é o que decorre do artigo 487º nº 2 do CC (no caso da responsabilidade contratual, *ex vi* artigo 799º nº 2 do mesmo diploma), ou seja, o do homem médio. No domínio da prestação de cuidados de saúde por pessoas que possuem conhecimentos que as habilitem a tal, este critério terá de ser adaptado, pelo que se lhes exige mais do que ao homem médio, que não possui

⁴⁰² SOUSA, Miguel Teixeira de – *op. cit.*, p. 137. Do mesmo modo, *vd.* NUNES, Manuel Rosário – *op. cit.*, pp. 56-57. Em sentido contrário, leia-se DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, p. 46 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *op. cit.*, p. 118.

⁴⁰³ *Vd.* os acórdãos do STJ de 17-12-2002, de 25-05-2003, de 27-11-2007 e de 15-10-2009 e do TRL, com as datas de 23-10-2007 e de 08-01-2008. Em sentido inverso, veja-se o acórdão do TRL de 22-05-2007 (com dois votos de vencido). Disponíveis em: www.dgsi.pt. Consultados a 10-01-2012

aquelas competências. Trata-se, portanto, de um critério de *profissional médio*.⁴⁰⁴

É patente a necessidade de atenuar as dificuldades com que os doentes se deparam nestes casos, em virtude de serem, de facto, a parte mais fraca. Esta situação tem origem, desde logo, no seu desconhecimento das *leges artis* das profissões de saúde,⁴⁰⁵ a que acresce a difícil distinção, neste campo, entre ilicitude e culpa.⁴⁰⁶ Este último facto tem vindo a suscitar uma defesa crescente da admissão da prova *prima facie*⁴⁰⁷ – inicialmente proposta como uma forma de mitigar a não aplicabilidade do artigo 799º do CC – no âmbito da responsabilidade profissional em contextos de saúde.

As questões a que nos temos vindo a referir resultam, sobretudo no debate jurisprudencial, dos atos médicos lesivos da integridade física dos

⁴⁰⁴ Vd. DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, pp. 38-39; PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos de jurisprudência*, in «Lex Medicinar», ano 4, n.º 7, 2007, p. 56; BARBOSA, Mafalda Miranda – *Notas esparsas...*, p. 135.

⁴⁰⁵ Na verdade, uma das razões apontadas para o parco número de decisões judiciais favoráveis ao paciente é precisamente a dificuldade da prova. Neste sentido, leia-se BARBOSA, Mafalda Miranda – *Notas esparsas...*, p. 119. É também interessante o apontamento de CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício – *op. cit.*, p. 135: «[...] não tendo o paciente facilmente o acesso à informação sobre as causas do dano, bem como as circunstâncias que envolveram a sua realização [...] dificilmente pode avaliar a probabilidade e os custos inerentes à tutela do seu direito».

⁴⁰⁶ Como podemos ler no acórdão do STJ de 22-09-2011: «É forçoso reconhecer, como bem notou o acórdão recorrido, que, por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar. Nomeadamente, como no caso da atividade médica, em que a ilicitude pode consistir numa infração aos procedimentos adequados. Tal infração é – objetivamente – ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar – subjetivamente – um menor zelo ou a negligência na prática do ato médico».

⁴⁰⁷ Vd. acórdão do TRL, de 26-06-2008: «a existir incumprimento/cumprimento defeituoso, de banda da A., no que toca às manobras de cateterização – como, sem a consideração do que nesta sede contraposto foi pela A., resulta de conceder, ao menos em via de prova de primeira aparência, e atenta a circunstância da punção de artéria em vez de veia – temos que não poderá proceder, sem mais, a pretensão daquela no tocante à cobrança de despesas hospitalares relacionadas com tal defeito de prestação, e designadamente com a “reparação”, do mesmo [...] Para além disso, ainda quando se deva entender que a presunção de culpa do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil, não opera nesta área, ponto também é que, dadas as dificuldades da realização da prova, nesta matéria, natural é que a aludida prova de primeira aparência, e como refere Manuel Rosário Nunes, “assuma importância determinante, no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade, uma vez que, se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a determinado ato médico (v.g. cirúrgico), será de presumir que, em princípio, aquela intervenção foi adequada à produção daquele dano e que, segundo a “normalidade das coisas”, “a experiência comum” o dano provavelmente não teria ocorrido se acaso fossem observadas todas as regras técnicas, de acordo com o estágio atual dos conhecimentos médico-científicos aplicáveis ao caso». Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012. Vd., ainda, DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, p. 46 e SOUSA, Miguel Teixeira de – *op. cit.*, p. 142.

doentes, que normalmente resultam dos chamados erros médicos por violação das *leges artis*.

Situação diferente é a que resulta da violação do dever de informar o paciente. Com efeito, aqui produz-se uma ofensa, não à integridade física, mas à autodeterminação, também ela geradora de responsabilidade civil.

No domínio da responsabilidade civil contratual, Carlos Ferreira de Almeida considera que a violação de deveres acessórios do contrato, onde se inclui o dever de informar, é suscetível de uma qualificação como incumprimento defeituoso, aplicando-se, portanto, as regras do regime da responsabilidade contratual, incluindo o artigo 799º do CC.⁴⁰⁸

No âmbito da responsabilidade aquiliana, o dever de informar é uma consequência do respeito devido à liberdade do outro, assumindo-se como uma exigência basilar da relação jurídica fundamental que subjaz a todas as relações jurídicas.⁴⁰⁹

Há que distinguir aqui os vários contornos que o dever de informar poderá adquirir. Por um lado, ele pode constituir-se como obrigação principal. Pense-se no caso de um casal que, esperando um filho, pretende fazer um diagnóstico pré-natal para despistar, por exemplo, uma doença genética incurável comum na sua família, sabendo de antemão que, qualquer que seja o resultado, não recorrerão à interrupção voluntária da gravidez, sendo o seu único objetivo prepararem-se para essa eventualidade.⁴¹⁰

Por outro lado, o dever de informar o paciente, no âmbito de uma relação terapêutica, está estritamente relacionado com o instituto do consentimento informado, porquanto é um dos seus pressupostos. Assim sendo, a violação do dever de informar comportará a invalidade do consentimento.

⁴⁰⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *op. cit.*, p 117.

⁴⁰⁹ HÖRSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 153-156.

⁴¹⁰ A hipótese é colocada por FREITAS, Tiago Figo – *A Responsabilidade Penal pelo Diagnóstico Pré-Natal*, in «Lex Medicinæ», Ano 7, n° 13, 2010, p. 145.

Ora, o consentimento informado é um instituto que, tendo como escopo o respeito pela autonomia do indivíduo que recorre aos cuidados de saúde,⁴¹¹ opera uma transferência de riscos, da esfera do profissional de saúde para a esfera do paciente. Daí que uma das questões mais relevantes no âmbito da responsabilidade civil por atos dos profissionais de saúde seja a do esclarecimento sobre os riscos de determinada terapêutica.⁴¹²

Ainda assim, parece-nos que mesmo que não se verifique um dano da integridade física do paciente, este encontrará na violação do dever de informar um fundamento da responsabilidade civil por lesão do bem jurídico – e, portanto, dano – da liberdade.⁴¹³

No domínio jurisprudencial, o acórdão do STJ, de 15-10-2009, teceu algumas considerações sobre o tema do direito à informação, embora não tenha daí retirado consequências para o caso decidendo. Ainda assim, trata-se de *topoi* que, atenta a sua fonte, poderão constituir importantes pontos de apoio a considerar em casos futuros.

No ponto IV do sumário do referido acórdão pode ler-se que «[r]ecai sobre o paciente o ónus da prova [...] da preterição do dever de informação, por parte do médico, ao paciente com vista à obtenção do seu consentimento esclarecido». Não podemos deixar de observar que

⁴¹¹ Como afirma o acórdão do STJ de 15-10-2009, «o direito ao livre e esclarecido consentimento é um postulado axiológico e normativo».

⁴¹² Sobre este tema, *vd.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in «Responsabilidade Civil dos Médicos», org. OLIVEIRA, Guilherme de, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 435-497. O autor defende, neste âmbito, a utilização de um critério do âmbito de aplicação da norma, alegando que «o juiz deverá discernir quais os riscos que o Direito pretendia que recaíssem sobre a esfera do paciente e quais os que deveriam recair sobre a esfera do médico (e dos quais ele apenas se exime se cumprir o dever de informar)» (p. 496).

⁴¹³ Seguimos, neste ponto, OLIVEIRA, Guilherme de – *op. cit.*, pp. 98-99: «a consideração autónoma deste outro dano [que consiste na violação da liberdade de decidir sobre a submissão ao tratamento], independente do dano físico, e a possibilidade de fundamentar um pedido de indemnização apesar de terem sido cumpridas as regras técnicas da profissão resultaria ainda mais patente se o desfecho do caso tivesse sido outro: se o doente se tivesse sujeitado a uma intervenção à coluna e tivesse ficado *curado!* Por estranho que nos pareça, a tendência para a acentuação dos direitos dos doentes e do respeito pela autonomia individual poderá conduzir-nos a estes casos judiciais em que um doente fisicamente tratado age contra o médico com base na lesão da sua autonomia».

esta afirmação se faz sem que haja qualquer necessidade, tanto mais que no corpo do acórdão não se trata tal questão.

De qualquer forma, procederemos a uma breve crítica da mesma. Como já referimos, a matéria do ónus da prova é das mais relevantes – se não mesmo a mais relevante – para a realização do direito no caso concreto, ou seja, para o desfecho do caso. Deste modo, é de grande importância que o legislador – e o juiz, enquanto criador de direito, na medida em que revela o direito constituído, descobrindo-lhe novas virtualidades – distribuam de forma justa o ónus que recai sobre as partes.

No caso concreto, porém, não podemos sufragar o entendimento do Tribunal. Não havendo unanimidade na doutrina portuguesa sobre esta questão, não podemos deixar de notar que existem argumentos de peso para que ónus recaia sobre o profissional de saúde. Desde logo, a prova nunca poderá ser patente, uma vez que o esclarecimento se faz, normalmente, num ambiente de intimidade, com poucas ou nenhuma testemunhas.⁴¹⁴ No entanto, o principal facto que obsta à nossa aceitação do entendimento do Tribunal é que, ao ter de provar que não foi informado, o paciente tem, pois, de fazer a prova de um facto negativo, o que no caso se nos afigura difícilimo, se não mesmo impossível. A estes argumentos acresce a facilidade que teria o profissional de saúde em provar a prestação de informações, pois é ele que tem os conhecimentos e os registos que podem levar a tal prova.⁴¹⁵

Não será despidendo referir, a este propósito, que é tanto mais difícil fazer esta prova quanto existe a prática, em bastantes instituições

⁴¹⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento...*, pp. 199-200.

⁴¹⁵ Neste domínio assumem particular relevância os registos clínicos que os profissionais de saúde vão fazendo ao longo do processo terapêutico. Com efeito, entendendo-se a relação terapêutica como uma relação continuada, é obrigação dos profissionais de saúde anotarem todos os momentos relevantes, onde se inclui o esclarecimento do paciente e a obtenção do consentimento. Considerando a fiabilidade que os registos informáticos permitem hodiernamente, nomeadamente por impossibilidade de alterar a data e hora do registo, afiguram-se um valioso meio de prova. Sobre esta questão, *vd.* PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, in Estudo Geral: repositório digital da Universidade de Coimbra [em linha], [consult. 2011-06-08]. Disponível na www: <URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>.

de saúde, de substituir o processo de consentimento informado pela aposição de uma assinatura num formulário de consentimento que, não raras vezes, é fornecido por funcionários administrativos da instituição.

A este propósito, relatamos aqui o conteúdo do parecer nº 21/2001, do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros, relativo ao caso de uma enfermeira chefe que reagiu a uma ordem de serviço do diretor do serviço de cirurgia do hospital onde exercia a sua profissão, cujo conteúdo era o seguinte: «As folhas de consentimento serão dadas a assinar a todos os doentes (para operar ou não) pela Secretária da Unidade e na ausência desta pelas Senhoras Enfermeiras». Face a esta ordem de serviço, a enfermeira fez uma exposição, onde referia, nomeadamente, que era seu «entendimento que não é bastante e suficiente dar a assinar a folha de consentimento a todos os doentes» e que «ainda que a Secretária da Unidade ou a Enfermeira conseguisse obter a assinatura do Doente na folha de consentimento, este não teria qualquer validade ou relevância jurídica, se ao ato de assinar não correspondesse um cabal esclarecimento sobre a situação clínica e procedimentos médico-cirúrgicos a adotar», concluindo que os enfermeiros do serviço deveriam abster-se de cumprir a ordem de serviço, sob pena de virem a ser responsabilizados civil, criminal ou disciplinarmente. O Conselho Jurisdicional, depois de tecer algumas considerações gerais sobre o consentimento – nomeadamente sobre o facto de, no plano ético, não fazer sentido distinguir o consentimento oral ou escrito – vem concluir que «não devem os enfermeiros colaborar na aquisição de uma assinatura num impresso por preencher, nem quando, mesmo o impresso preenchido, verifiquem que o doente não está suficientemente esclarecido para dar consentimento».

Uma última nota servirá apenas para distinguir o regime aplicável aos profissionais de saúde que atuam em instituições de saúde integradas no Serviço Nacional de Saúde. Em relação a esta questão, têm a nossa jurisprudência e doutrina, em geral, entendido que tal atividade

configura um ato de gestão pública,⁴¹⁶ pelo que se aplica a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro,⁴¹⁷ que veio estabelecer o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado, revogando o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967.

Além de a ação decorrer perante os tribunais administrativos, a principal diferença que se estabelece para os profissionais de saúde que atuam em instituições integradas no Serviço Nacional de Saúde, em relação ao regime que lhes é imposto no exercício das mesmas atividade no domínio privado, é uma isenção da responsabilidade no caso de atuarem com culpa leve.⁴¹⁸ Ora, esta questão levanta fundadas dúvidas na doutrina, que contesta a desigualdade patente, tanto mais que a atividade exercida pelos profissionais de saúde é materialmente idêntica, encontrando-se eles sujeitos às mesmas obrigações.⁴¹⁹ Como sustenta Mafalda Miranda Barbosa, «não pode ser o direito, que verdadeiramente o queira ser, cúmplice de tratamentos desiguais em situações materialmente idênticas».⁴²⁰

⁴¹⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda – *Responsabilidade civil do médico que atua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável”*, in «Lex Medicinæ», Ano 5, n.º 10, 2008, p. 165. *Vd.* ainda acórdãos do TRL de 24-01-2008, do TRE de 19-03-2009 e do STJ de 14-07-2010. Com efeito, considera-se que, se as instituições de saúde integradas no SNS – assim como os seus funcionários – prosseguem as competências que incumbem ao Estado, mercê do artigo 64.º da CRP, então tais atividades estão integradas na função administrativa, e isto independentemente de tal atividade envolver meios de coação, da natureza material das regras que devam ser observadas na sua prática e da forma jurídica da instituição. Segue-se, pois, o entendimento de AMARAL, Diogo Freitas do – *Natureza da responsabilidade civil por atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, in «Direito da Saúde e Bioética», Lisboa, Lex, 1991, p. 129: «[...] a atividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde [...] constitui exercício de uma função pública, desenvolve-se sob a égide de normas de direito público, e condiciona os médicos em função de deveres e restrições especiais de caráter público».

⁴¹⁷ Alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho.

⁴¹⁸ Esta solução resulta do disposto no artigo 77.º do Estatuto do Ministério Público (que apenas admite uma ação de regresso por parte do Estado, em relação a um funcionário, caso ele tenha agido com dolo ou culpa grave, exceto no caso em que a falta também seja considerada crime) e do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que considera haver responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público «pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício».

⁴¹⁹ *Vd.* DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *op. cit.*, pp. 47-48.

⁴²⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda – *Responsabilidade civil do médico...*, p. 173. Após uma análise da *ratio* que preside, por um lado, à responsabilidade do Estado e, por outro, à responsabilidade delitual, a autora conclui que «a qualificação do ato violador dos deveres médicos como um ato de gestão pública não obsta a que, em particular, um específico ato médico não possa ser valorado de outro modo em simultâneo».

2.1.3. Responsabilidade disciplinar

A responsabilidade disciplinar dos profissionais de saúde assume três modalidades. Seguindo os ensinamentos de Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, a responsabilidade disciplinar pode revestir um cunho ético-profissional e ser ativada pelo órgão a quem incumbe, por delegação do Estado, tutelar tal atividade e que são as ordens profissionais. Num segundo momento, ela pode surgir no âmbito da relação laboral, distinguindo-se aqui os profissionais de saúde cujo empregador é o Estado, daqueles cujo empregador é uma entidade privada.⁴²¹

Normalmente, o profissional de saúde está sujeito ao poder disciplinar de ambas as entidades. Só não será assim nos casos em que o exercício da profissão seja realmente liberal, trabalhando o profissional de saúde por conta própria.

Relativamente ao poder disciplinar das ordens profissionais, ele advém do dever que lhes incumbe de zelar pela profissão a que se referem, repondo a ordem sempre que haja a violação dos deveres que recaiam sobre os profissionais de saúde, *maxime*, dos deveres deontológicos. Encontramos, pois, no seio das diferentes ordens profissionais, os respetivos diplomas que regem o poder disciplinar.

Para os médicos, vale o Estatuto Disciplinar dos Médicos. Quanto aos enfermeiros, são aplicáveis as disposições do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros e o Regimento Disciplinar. A ação disciplinar da Ordem dos Médicos Dentistas é exercida nos termos do respetivo Estatuto, relevando em especial o capítulo IV. Já os psicólogos estão sujeitos ao Regulamento Disciplinar da Ordem dos Psicólogos Portugueses. Por fim, os farmacêuticos regem-se pelo respetivo estatuto, em particular pelo Título III.

No âmbito da relação laboral, além daqueles deveres deontológicos, os trabalhadores estão também sujeitos a um conjunto de normas gerais.

⁴²¹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Sinopse Esquemática...*, p. 92.

Assim, para os trabalhadores da função pública, aplicar-se-ão as normas resultantes do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, publicado pela Lei nº 58/2008, de 9 de setembro. Já no setor privado da Saúde o poder disciplinar é exercido pela entidade patronal, nos termos do Código do Trabalho.

Note-se que, em concreto, os profissionais de saúde poderão ainda estar obrigados ao cumprimento de determinadas condutas resultantes de outros diplomas, de que é exemplo o caso decidido no acórdão do TCA do Sul, de 21-06-2007, que confirma a aplicação de uma pena de aposantação compulsiva a uma enfermeira que, perante queixas insistentes do doente que estava confiado aos seus cuidados, não contactou o médico assistente de serviço, conforme impõe o Regulamento geral dos Hospitais, constante do Decreto nº 48.358, de 27 de abril de 1968.

2.2. A responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de informar terceiros

Seguindo a mesma metodologia que temos vindo a adotar, é de distinguir neste ponto a responsabilidade pelo incumprimento do dever de informar os representantes do utente dos cuidados de saúde da responsabilidade pelo incumprimento do dever de informar os cuidadores informais do paciente.

Para o primeiro caso, aplicar-se-á o que foi dito acerca da responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de informar o doente.

Quanto à responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de informar os familiares ou outras pessoas significativas é de salientar que ainda não é uma questão que tenha sido suscitada no domínio jurisprudencial, nem doutrinal, exceção feita ao

Parecer nº 194/2010 do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros.⁴²²

Neste sentido, não nos atreveremos a encetar desmedidos aprofundamentos no domínio da responsabilidade. Ainda assim, é de referir que sempre existirá lugar a responsabilidade profissional – pelo menos no caso dos enfermeiros – em virtude das normas deontológicas que sobre eles recaem e que estabelecem o dever de partilhar a informação pertinente com as pessoas implicada no processo terapêutico.

Já a responsabilidade penal está, de todo, excluída, uma vez que não existe nenhum ilícito típico nesse sentido.

Relativamente à responsabilidade civil, poderíamos equacionar a sua aplicabilidade, mas tal é matéria para outras reflexões e, sobretudo, para uma época em que este direito seja, de facto, reivindicado. Ainda assim, sempre poderemos dizer que a questão prévia a resolver, contudo, seria a da titularidade da ação. Com efeito, um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um dano. Contudo, cremos que só seria possível acionar a responsabilidade no caso de um dano sofrido pela pessoa doente e não pelo cuidador, uma vez que o próprio interesse que ele detém de acesso à informação é instrumental, visando, a final, assegurar o direito à saúde daquele que é cuidado.

2.3. A responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de partilhar a informação relevante para a equipa de saúde

A responsabilidade dos profissionais de saúde pelo incumprimento do dever de partilhar a informação relevante para a equipa de saúde, embora seja uma responsabilidade decorrente de normas deontológicas, poderá originar tanto responsabilidade disciplinar, como responsabilidade civil, na medida em que a falta de comunicação seja a causa adequada a um dano sofrido pelo paciente.

⁴²² *Vd. supra*, nota ²⁹⁴.

A equipa de saúde deve funcionar como um todo orgânico. A visão de um chefe de equipa (o médico), responsável por tudo e por todos, foi ultrapassada pela crescente autonomização das áreas da saúde. Esta evolução trouxe consigo a vantagem de uma maior especialização e de uma melhor integração de todos os saberes.

As conceções que consideram uma organização do trabalho baseada em relações horizontais – a estabelecer-se entre os médicos – por contraposição às relações verticais, onde aquele teria uma maior autoridade sobre outros profissionais de saúde, enquadrados no conceito de “pessoal paramédico”, já não colhe. A nova organização do trabalho liberta os médicos de estritos deveres de vigilância sobre outros profissionais de saúde, trazendo, concomitantemente, uma maior responsabilidade a esses mesmos profissionais.

Com efeito, sendo as relações horizontais aquelas que se erigem entre «profissionais que, atendendo à sua formação e competência, se encontram em situação de igualdade», facilmente percebemos que hoje em dia é essa a situação em que se encontram, pelo menos, os profissionais de saúde de que temos vindo a falar.⁴²³

Deste modo, as relações entre os diferentes profissionais de saúde deverão reger-se pelo princípio da divisão do trabalho, do qual decorre que cada profissional de saúde é responsável pelos atos do seu âmbito de competência. Isto mesmo foi reconhecido pelo acórdão do TRP, de 03-06-2009,⁴²⁴ onde eram arguidas uma médica assistente graduada de ginecologia e obstetrícia e uma enfermeira especialista de saúde materna e obstétrica, que trabalhavam no mesmo hospital, acusadas do crime de omissão de auxílio a uma parturiente, cujo filho nasceu com lesões graves. Embora o caso seja deveras interessante, o único ponto que releva para o nosso objeto de estudo é a decisão relativamente à

⁴²³ Como é, de resto, reconhecido pelo legislador no REPE, através da consagração de um princípio de complementaridade funcional. No mesmo sentido, mas com referência às relações entre médicos e farmacêuticos, veja-se FIDALGO, Sónia – *Responsabilidade Penal na Equipa...*, p. 100: «o médico e o farmacêutico exercem simultânea ou sucessivamente funções complementares, desenvolvendo cada um a sua atividade de acordo com os conhecimentos próprios das respetivas especialidades».

⁴²⁴ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

responsabilidade penal da enfermeira. Os recorrentes pretendiam a sua condenação pelos crimes previstos nos artigos 150º e 148º do CP, considerando haver violação das *leges artis* por a mesma não reduzir/suspender a administração da oxitocina. Face a esta alegação, o Tribunal afirma que

«Quando referimos prescrição/administração estamos a falar no seu sentido amplo: prescrever, começar a administração, diminuir, suspender... A decisão de prescrever e administrar esse fármaco, constituindo prescrição/administração de drogas, é um ato médico, pelo qual não pode ser responsabilizada a enfermeira. Se bem se vir nos autos a administração de fármacos esteve sempre dependente de decisão médica, quer da médica obstetra, que para tal foi contactada pelo telefone, quer da médica anestesista. Não sendo este o momento para apreciar a correção desse procedimento [pelo telefone] [...] o certo é que a administração do fármaco em questão, não é da responsabilidade da enfermeira, que por isso não pode ser responsabilizada»

Ademais, tais relações hão de desenrolar-se de acordo com um princípio da confiança, que é aquele segundo o qual «na interação com os outros, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportam de acordo com a norma de cuidado». ⁴²⁵

Ora, é precisamente este princípio que fundamenta a responsabilidade do profissional de saúde pela omissão de informações relevantes à atuação profissional de outros profissionais de saúde e, por outro lado, permite ilibar de responsabilidade o profissional de saúde que confiou na transmissão de informações que, afinal, não lhe foram dadas.

Vejamos alguns casos da jurisprudência, com interesse sobretudo pela análise da factualidade subjacente à decisão de direito.

No acórdão do STJ, de 19-12-2001, ⁴²⁶ é relatado o caso de um farmacêutico que, equivocando-se na leitura da receita prescrita pelo

⁴²⁵ FIDALGO, Sónia – *Responsabilidade Penal na Equipa...*, p. 99.

⁴²⁶ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

médico, acaba por vender ao Autor um medicamento diverso do prescrito, daí decorrendo diversos danos, entre os quais queimaduras de 1º grau na face. A Ré alegou em seu favor a ininteligibilidade da letra do médico, ao que o Tribunal respondeu:

«de modo algum a possível e menor inteligibilidade da letra do médico que preencheu a receita pode, como pretende a recorrente, eximir o farmacêutico do cumprimento dos seus deveres de atenção, zelo e competência, desculpabilizando-o de uma falta grave como a que se verificou»

Acrescentando:

«se dúvidas tivesse na interpretação do prescrito pelo médico, era sua obrigação contactar este pelos meios usuais para se esclarecer o teor da receita, não a aviando sem mais, como veio a acontecer, pelo que carece de fundamento a sua pretensão de responsabilizar pelos danos sofridos pela Autora o médico por irrelevante desfasamento do nome que figurava na receita»

Do exposto resulta, em geral, um dever de os profissionais de saúde em manterem a boa comunicação, agindo diligentemente para que desapareça o eventual ruído que ela possa conter e que, no caso concreto, parecia recair na dificuldade do farmacêutico em interpretar a caligrafia do médico.

Vários casos existem, também, em que a culpa do profissional de saúde na omissão de auxílio ao utente se evidencia, mercê da existência de informações provindas de outros profissionais de saúde, que clamavam por uma atuação diversa. É o caso do acórdão do STJ, de 06-03-1991,⁴²⁷ que relata o caso de um «médico, [que] alertado pelo maqueiro para o estado de um doente, se limita a responder que por ele lhe dava alta, na sequência do que o maqueiro levou o doente para a sala de espera, onde viria a falecer».

⁴²⁷ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

Também o acórdão do STJ, de 26-11-1993⁴²⁸ narra o caso de um médico que se recusou a fazer um parto, alegando que “hoje já fiz duas pélvicas e vou esperar pela Dra. E.” e isto apesar de, no local onde se encontrava, conseguir ver a cama da parturiente e dos persistentes pedidos da enfermeira para que assistisse a parturiente, vindo o filho desta a falecer em virtude da tardia assistência que obteve.

Por fim, referimos um caso do STA, de 29-11-2005,⁴²⁹ de responsabilidade médica em virtude um mau diagnóstico que acarretou um tratamento indevido, originando a morte do paciente. Sucede que, após a extração de um dente, o paciente apresentou vários sintomas que, embora compatíveis com uma infeção dentária, eram também compatíveis com um diagnóstico de infeção generalizada. No entanto, o tratamento que lhe foi ministrado não contemplava tal hipótese. A nosso ver, a omissão do tratamento adequado por erro de diagnóstico é tanto mais grave quanto, no caso concreto, o paciente chegou ao hospital onde viria a falecer em virtude de reencaminhamento feito pelo Centro de Saúde, tendo o médico que aí o atendeu escrito uma carta, que chegou até aos seus colegas do hospital – mas que foi por eles ignorada – onde colocava a hipótese de se tratar de uma infeção generalizada.

⁴²⁸ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

⁴²⁹ Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado a 10-01-2012.

CONCLUSÕES

I. O direito à saúde, enquanto direito fundamental, é uma conquista muito recente da Humanidade, cujo conteúdo está claramente dependente das necessidades concretas da população que o reclama. Torna-se patente que, nesta área, é essencial o conhecimento dos fatores sociais, económicos, políticos e psicológicos que concorrem para a relação terapêutica, em ordem a uma adequada configuração jurídica dos diferentes aspetos do direito à saúde, onde se inclui o direito à informação.

II. A transmissão da informação em saúde, sobretudo no âmbito da relação que se estabelece entre o profissional de saúde e o utente dos seus serviços, requer um regime especial face a outros direitos à informação que se desenvolvam, por exemplo, no âmbito de uma relação de consumo ou de direito administrativo. Na verdade, num contexto de saúde, a transmissão da informação assume a natureza de um ato terapêutico, ou seja, a transmissão é em si um cuidado de saúde que necessita de ser integrado num plano terapêutico. Este facto tem relevância jurídica, na medida em que, por um lado, acentua as obrigações dos profissionais de saúde relativamente ao modo de transmissão da informação e, por outro lado, justifica a existência do instituto do privilégio terapêutico.

III. Deste modo, o preenchimento do dever de informar só pode ser feito com recurso ao critério do paciente concreto (e não ao do

médico razoável ou do paciente razoável). Com efeito, a decisão sobre a informação acerca do diagnóstico, das alternativas terapêuticas, do modo de informar, e dos riscos que a intervenção ou tratamento comporta, só adquire o seu pleno significado em confronto com a pessoa concreta a quem a informação se dirige. Tanto mais que existe, até, um direito a não ser informado, ou seja, a recusar receber a informação.

IV. É a transmissão da informação que permite, do ponto de vista jurídico, operar a transferência do risco de um dano do profissional de saúde para o paciente. Por isso, é lógico que o profissional de saúde competente para a prática do ato terapêutico seja a pessoa responsável pela obtenção do consentimento informado do doente e, conseqüentemente, lhe caiba o dever de o informar.

V. No entanto, o dever de informar também conhece alguns limites, nomeadamente, a emergência da intervenção ou tratamento, a recusa da informação e o privilégio terapêutico. Todos eles encontram a sua *ratio* no benefício do doente.

VI. Além do utente dos serviços de saúde, também terceiros podem ter um interesse no acesso à informação de saúde. Entre estes, destacam-se aqueles que se designam “pessoas significativas”. Este conceito, retirado da linguagem da enfermagem, pode servir de base a um conceito de família adaptado aos contextos de saúde e que poderá não coincidir com o conceito jurídico de família. A sua utilidade reside no facto de evocar a relação de proximidade efetiva entre doente e “pessoa significativa”, que a habilita ao acesso à informação de saúde.

VII. A teleologia subjacente à representação legal para consentir em cuidados de saúde vai além da mera substituição do incapaz no consentimento, sendo expressão do reconhecimento do papel essencial que os representantes legais desempenham no acompanhamento e controlo da qualidade dos serviços de saúde prestados ao representado.

Por outro lado, a transmissão da informação ao representante legal não escusa o profissional de saúde de informar adequadamente o incapaz.

VIII. Com efeito, é patente a necessidade de criar um regime especial que regule a incapacidade para consentir em cuidados de saúde e que seja mais flexível e adequado do que o regime das incapacidades negociais. Na verdade, não faz sentido aplicar um regime que foi pensado, essencialmente, para a proteção de bens jurídicos patrimoniais a situações onde o que está em causa são bens jurídicos eminentemente pessoais, que reclamam um tratamento casuístico.

IX. No domínio dos cuidados de saúde, perspetiva-se que terá importância crescente no futuro a figura do cuidador informal. Também ele é um membro da equipa de saúde, implicado no plano terapêutico e, por isso, é um destinatário da informação de saúde. Presentemente, não há legislação nacional que venha regular a sua situação, sendo difícil entender a natureza jurídica do poder que lhe assiste e desenhar o quadro da responsabilidade da violação do dever do profissional de saúde de lhe transmitir as informações necessárias à qualidade dos cuidados que se obrigou prestar ao paciente. cremos, portanto, que se impõe uma regulação jurídica desta figura.

X. Os profissionais de saúde também precisam de informações sobre o utente dos seus serviços, em ordem a prestar os melhores cuidados de saúde possíveis. São devedores dessa informação tanto o próprio utente – sobre quem impende um dever de colaboração –, como os profissionais de saúde que integram a mesma equipa de saúde. A informação é, portanto, um elemento essencial para a boa atuação dos profissionais de saúde, que atualmente e de forma crescente prestam os seus cuidados em articulação com outros profissionais, da mesma área ou de área diferente. As linhas orientadoras da transmissão da informação são o respeito pelo direito dos pacientes à reserva da intimidade da vida privada e a estrita necessidade da partilha da

informação para a qualidade dos cuidados de saúde. Independentemente da opção sobre a partilha da informação, ela visa sempre o melhor interesse da pessoa doente.

XI. A questão da informação de saúde em contextos de saúde é frequentemente reduzida pela doutrina – e por alguma legislação – à relação que se estabelece entre o médico e o paciente, com exclusão dos restantes profissionais de saúde, que, por vezes, são perspetivados como meros ajudantes técnicos dos médicos. Esta abordagem da questão deixa frequentemente sem resposta o problema da articulação entre os vários profissionais de saúde, tanto ao nível dos deveres de comunicação, como da responsabilidade pelos seus atos. De facto, não parece adequado que, existindo autonomia profissional, seja o médico a responder pelas ações de outros profissionais de saúde.

XII. As equipas de saúde, atualmente, assentam num modelo complementar e diferenciador dos vários profissionais de saúde, reconhecido legalmente no REPE. Esta configuração tem um importante reflexo ao nível da responsabilização dos profissionais de saúde por violação do dever de transmitir informação relevante entre si, que se norteia pelos princípios da divisão do trabalho e da confiança. Significa isto que nenhuma profissão de saúde regulada está subordinada a outra.

XIII. Denota-se, pois, uma alteração do paradigma anterior, em que existia uma clara subordinação à medicina. Porém, notamos ao longo da nossa investigação, que existem algumas incoerências a este respeito, nomeadamente no acesso à informação de saúde pelos profissionais de saúde que, segundo a LIS, só pode ser efetuada mediante a supervisão de um médico. Torna-se, portanto, evidente que é necessária uma revisão destas normas.

XIV. O segredo profissional é um instituto onnipresente em toda a matéria contendente com a informação de saúde, sendo que a transmissão da informação a terceiros, independentemente de se tratar de pessoas envolvidas no processo terapêutico, deve respeitar a confiança que fundamenta o segredo profissional, ou enquadrar-se numa das causas de justificação da sua escusa.

XV. É também o segredo profissional que determina um regime especial de tratamento da informação de saúde, determinado em diversos diplomas legislativos, entre os quais se destaca a LIS, a LPD e a LADA. Na verdade, existem diferentes regimes de acesso à informação de saúde, consoante o processo clínico seja, concomitantemente, um documento administrativo, ou não, uma vez que apenas aqueles caem no âmbito de aplicação da LADA. Não encontramos qualquer razão para tal desigualdade, uma vez que a situação material é a mesma, pelo que consideramos aconselhável que o legislador uniformize o regime do tratamento da informação de saúde.

XVI. De modo semelhante, no que se refere à responsabilidade civil extracontratual do profissional de saúde por violação do dever de informar, existe um regime diferente para os profissionais de saúde que trabalham numa instituição que pertença ao Serviço Nacional de Saúde e para os profissionais de saúde que exercem a sua profissão a título particular, uma vez que os primeiros nunca respondem caso ajam com culpa leve. Também aqui a atividade em apreço é materialmente idêntica, pelo que não se justifica a desigualdade referida.

XVII. A questão da informação em saúde, embora assuma uma grande importância ao nível do consentimento informado, por se tratar de um seu pressuposto, não se esgota aí. Com efeito, existe uma autonomia do direito à informação em saúde que, previsivelmente, se tornará mais evidente à medida que as tecnologias de informação e

comunicação se afirmarem também no plano do tratamento de dados de saúde.

XVIII. Uma das prioridades das políticas nacionais e da UE relativamente ao tratamento da informação de saúde é a criação de um registo de saúde eletrónico, que previsivelmente aumentará a qualidade dos cuidados de saúde e será uma importante fonte de apoio à decisão política em saúde.

XIX. As principais divergências doutrinárias no domínio da responsabilidade dos profissionais de saúde por violação do dever de informar encerram-se no âmbito da responsabilidade civil. Com efeito, assume aqui especial relevância, pelos efeitos práticos que produz, a questão do ónus da prova da prestação de informação. Este assunto é particularmente problemático nos contextos de saúde, uma vez que existe frequentemente uma confusão entre ilicitude e culpa.

XX. Considerando o carácter oculto da transmissão da informação de saúde ao utente dos serviços de saúde e a dificuldade que ele teria em fazer prova de um facto negativo – o facto de que não houve prestação de informação – parece-nos ser a melhor opinião a que defende que o ónus da prova deve recair sobre o profissional de saúde.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, org. DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

AA. VV. – *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo III, org. DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

ABREU, Laurinda F. S. – *A assistência e a saúde como espaços de inovação: alguns exemplos portugueses*, in “Saúde e Inovação – Do Renascimento aos dias de hoje”, ed. Constantino Sakellarides e Manuel Valente Alves, Lisboa, Gradiva, p. 37-45.

ABREU, Laurinda F. S. – *A organização e regulação das profissões médicas no Portugal Moderno: entre as orientações da Coroa e os interesses privados*, in “Arte médica e imagem do corpo: de Hipócrates ao final do século XVIII”, ed. Adelino Cardoso, António Braz de Oliveira, Manuel Silvério Marques, Lisboa, Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, p. 97 – 122.

ABREU, Laurinda F. S. – *Especificidade do Sistema de Assistência Pública Português: linhas estruturantes*, in “Arquipélago História”, 2ª série, VI, 2002, p. 417-434.

ABREU, Laurinda F. S. – *O papel das Misericórdias na sociedade portuguesa do Antigo Regime*, in “Santa Casa da Misericórdia de Montemor-o-Novo: história e património”, Lisboa, Editora Tribuna da História, 2008, p. 25-43.

Abreu, Luís Vasconcelos – *O segredo médico no direito português vigente*, in “Estudos de Direito da Bioética”, Coimbra, Almedina, 2005, p. 261-285.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, AAFDL, 1996.

ALMEIDA, Filipe – *Ética em pediatria*, in “Ética em Cuidados de Saúde”, org. SERRÃO, Daniel/NUNES, Rui, Porto, Porto Editora, 1998, p.49-57.

AMARAL, Diogo Freitas do – *Natureza da responsabilidade civil por atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, Lex Editora, 1991, p. 123-131.

ANDRADE, José António García – *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, Madrid, Edersa, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.

ANTUNES, Alexandra – *Consentimento Informado*, in “Ética em Cuidados de Saúde”, org. SERRÃO, Daniel/NUNES, Rui, Porto, Porto Editora, 1998, p.13-27.

BARBOSA, Mafalda Miranda – *Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica: anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2003*, in “Lex Medicinæ”, Ano 4, nº 7, 2007, p. 119-150.

BARBOSA, Mafalda Miranda – *Responsabilidade civil do médico que atua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável”*, in “Lex Medicinæ”, Ano 5, nº 10, 2008, p. 161-179.

BEAUCHAMP, Tom L./CHILDRESS, James F. – *Principles of Biomedical Ethics*, 5ª ed., Nova Iorque, Oxford University Press, 2001.

Bíblia de Jerusalém, São Paulo, Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1985.

BOBBIO, Norberto – *L'età dei diritti*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1992.

CAMPOS, Eduardo Manuel Castro Guimarães de Carvalho - *Acesso a dados pessoais de saúde contidos em ficheiros dos hospitais públicos: ponderação entre o direito de acesso à informação e aos documentos administrativos e o direito à proteção de dados pessoais: quem e como decide?*. Lisboa: ISCTE, 2009. 127 f. Tese de mestrado.

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício – *Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica*, in “Lex Medicinæ”, ano 2, nº 3, 2005, p. 133-137.

CASTRO, Arachu – *Sobre el derecho a la salud*, in “Rev. Cubana de Salud Pública”, nº 32, vol. 1 [em linha], [consult. 2010-09-12]. Disponível na [www: <URL: http://www.scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-34662006000100011&script=sci_arttext>](http://www.scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-34662006000100011&script=sci_arttext).

COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2008.

CORTÉS, Julio César Galán – *Responsabilidad civil médica*, 3ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2011.

CORTÉS, Julio César Galán - *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2001.

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12º ed., Coimbra, Almedina, 2009.

COSTALES, Javier Fernández – *La responsabilidad civil sanitaria (medica y de enfermeria)*, Madrid, Actualidad Editorial, 1995.

CRUZ, Dídia Carolina Miranda *et al.* - *As vivências do cuidador informal do idoso dependente*, in “Revista Enfermagem Referência”, III Série, nº 2, Dez. 2010 [em linha], [consult. 2011-12-06]. Disponível na [www:<URL: http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/ref/v3n2/v3n2a14.pdf >](http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/ref/v3n2/v3n2a14.pdf).

CURREA-LUGO, Víctor de - *La salud como derecho humano: 15 requisitos y una mirada a las reformas*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi – *Uma nova disciplina: o direito sanitário*, in “Rev. de Saúde Púb.” [em linha], [consult. 2011-05-19]. Disponível na [www: <URL: http://www.scielosp.org/>](http://www.scielosp.org/).

DEODATO, Sérgio – *Direito da Saúde*, Coimbra, Almedina, 2012.

DEODATO, Sérgio – *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Coimbra, Almedina, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo/MONTEIRO, Jorge Sinde – *Responsabilidade Médica em Portugal*, in “Boletim do Ministério da Justiça”, nº 332, janeiro, 1984, p. 21-79.

DIHN, Nguyen Quoc *et al.* – *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DREYFUS, Hubert L.- *Medicine as Combining Natural and Human Science*, in “Journal of Medicine and Philosophy”, nº36, 2011, p. 335–341.

EIDE, Asbjørn/Eide, Wenche Barth – *Article 24. The Right to Health*, in “A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child”, org. A. Alan, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

ENGELHARDT, H. Tristram – *Fundamentos da Bioética*, 2ª ed., São Paulo, Edições Loyola, 1998.

FACHIN, Melina Girardi – *Direitos Humanos e Fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva. Um olhar por meio da literatura*, Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2007.

FIDALGO, Sónia – *Responsabilidade Penal na Equipa Hospitalar: a Responsabilidade do Farmacêutico*, in “Lex Medicinæ”, ano 7, nº 14, 2010, p. 95-103.

FREITAS, Tiago Figo – *A Responsabilidade Penal pelo Diagnóstico Pré-Natal*, in “Lex Medicinæ”, Ano 7, nº 13, 2010, p. 141-163.

GADAMER, Hans-Georg – *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina*, Lisboa, Edições 70, 2009.

GAVAGHAN, Colin - *A Tarasoff for Europe? A European Human Rights perspective on the duty to protect*, in “International Journal of Law and Psychiatry”, vol. 30, Glasgow, Elvier, 2007, p. 255-267.

GAVIN, Juan Peman - *Derecho a la salud y administracion sanitária*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

GLENDON, Mary Ann – *The New Family and the New Property*, Canada, Butterworths, 1981.

GONÇALVES, M. Maia – *Código Penal Português*, 14º ed., Coimbra, Almedina, 2001.

GRODIN, Michael A. – *The Human Right to Health* in “Law and Ethics in Rationing Access to Care in a High-Cost Global Economy”, org. MARINER, Wendy K./FARIA, Paula Lobato de, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública/Universidade Nova de Lisboa/School of Public Law/Boston University, 2008, p. 155-169.

HEYNS, Christof *et al.* - *Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização*, in “Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos”, nº 4, ano 3, 2006, p. 160-169.

HIERRO, José Manuel Fernández – *Sistema de Responsabilidad Médica*, Granada, Editorial Comares, 2007.

HIPPOCRATES, *Works of Hippocrates*, Mobile Reference [Kindle Edition].

HÖRSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992.

HUNT, Lynn – *Inventing Human Rights: A History*, Nova Iorque, W. W. Norton, 2007.

JACKSON, Emily – “*Informed Consent*” to Medical Treatment and the Impotence of Tort, in “First Do Not Harm: Law, Ethics and Healthcare”, org. McLEAN, Sheila A. M., Aldershot, Ashgate, 2006, p. 273-286.

JARDIM, Sara Vera - *Saúde Pública Made in União Europeia* in “Lex Medicinæ”, Coimbra, Ano 6, nº 11, 2009, p. 67-93.

KINNEY, Eleanor D. – *The International Human Right to Health in Domestic Constitutional and Statutory Law* in “Law and Ethics in Rationing Access to Care in a High-Cost Global Economy”, org. MARINER, Wendy K./ FARIA, Paula Lobato de, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública/Universidade Nova de Lisboa/School of Public Law/Boston University, 2008, p. 171-184.

LENAERTS, Koen/ NUFFEL, Piet Van – *Constitutional Law of the European Union*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2005.

LOPES, Noémia Mendes – *Equipas de Saúde: uma perspetiva sociológica sobre o exercício profissional*, in “Re(habilitar) – Revista da ESSA”, nº 3, 2006, p. 25-35.

MACHADO, Jónatas E. M. – *A (in)definição do casamento no Estado constitucional: fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática*, in “Família, Consciência, Secularismo e Religião”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 9-37.

MARQUES, A. H. de Oliveira – *Breve História de Portugal*, 5ª ed., Lisboa, Editorial Presença, 2003.

MARTÍNEZ, Josefa Cantero – *La autonomia del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2005.

MILLER, Vaughne – *Human Rights in the EU: the Charter of Fundamental Rights*, in “House of Commons Library” [em linha], [consult. 2011-02-07]. Disponível na [www: <URL: http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2000/rp00-032.pdf>](http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2000/rp00-032.pdf).

MIRANDA, Jorge – *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, Principia Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

NETO, Luísa – *A atividade médica e o direito*, in “Repositório Aberto da Universidade do Porto” [em linha], [consult. 2012-01-23]. Disponível na [www: <URL: http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23931/2/2662.pdf>](http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23931/2/2662.pdf).

NETO, Luísa – *Direito à Saúde, Bioética e Biomedicina*, in “Instituto de Ciências Jurídico-Políticas” [em linha], [consult. 2011-05-20]. Disponível na [www: <URL: http://www.icjp.pt/content/direito-sa-de-bio-tica-e-biomedicina>](http://www.icjp.pt/content/direito-sa-de-bio-tica-e-biomedicina).

NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Manuel Rosário – *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.

NUNES, Rui – *Ética na relação com o doente*, in “Ética em Cuidados de Saúde”, org. SERRÃO, Daniel/NUNES, Rui, Porto, Porto Editora, 1998, p. 31-46.

OLIVEIRA, Guilherme de – *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

OLIVEIRA, Magda A./QUEIRÓS, Cristina/GUERRA, Marina Prista – *O conceito de cuidador analisado numa perspetiva autopoietica: do caos à autopoiese*, in “Psicologia, Saúde & Doenças”, 2007, nº 8, vol. 2, p. 181-196.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – *Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: Problemas de Ilícitude e de Culpa*, in “Responsabilidade Civil dos Médicos”, org. OLIVEIRA, Guilherme de, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 127-255.

OSSWALD, Walter – *Um fio de ética*, Coimbra, Instituto de Investigação e Formação Cardiovascular, 2001.

ÖZDEN, Melik – *Le droit à la santé: un droit humain fondamental stipulé par l’ONU et reconnu par des traités régionaux et de nombreuses constitutions nationales*, in “CETIM: Centre Europe Tiers Monde” [em linha], [consult. 14-04-2011]. Disponível na [www: <URL: http://www.cetim.ch/fr/documents/bro4-sante-A4-fr.pdf>](http://www.cetim.ch/fr/documents/bro4-sante-A4-fr.pdf).

PAPADIMOS, Thomas J. – *Healthcare access as a right, not a privilege: a construct of Western thought*, in “Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine”, Vol. 2, nº 2 2007 [em linha], [consult. 2011-02-23]. Disponível na [www: <URL: http://www.peh-med.com/content/2/1/2>](http://www.peh-med.com/content/2/1/2).

PEDRO, Rute Teixeira – *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado na Experiência Européia*, in “Estudo Geral: repositório digital da Universidade de Coimbra” [em linha], [consult. 2011-06-08]. Disponível na [www: <URL: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf>](http://www.estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf).

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in “Responsabilidade Civil dos Médicos”, org. OLIVEIRA, Guilherme de, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 435-497.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa*, in “Revista Portuguesa do Dano Corporal”, nº 19, 2009, p. 09-50.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos de jurisprudência*, in “Lex Medicinæ”, ano 4, nº 7, 2007, p. 53-67.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexo de causalidade*, in “Estudo Geral: repositório digital da Universidade de Coimbra” [em linha], [consult. 2011-06-08]. Disponível na [www: <URL: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>](http://www.estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf).

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Um Direito da Saúde para a Europa?*, in “Debater a Europa” [em linha], [consult. 2011-07-23]. Disponível na www:

<URL: <http://europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n2-3/andr%C3%A9.pdf>>.

PEREIRA, O. Gouveia - *Saúde* in “Pólis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado”, Vol. V, Lisboa/S. Paulo, Verbo Editora, s.d., p. 611-614.

PORTUGAL, Sílvia – *Família e política social em Portugal*, in “Direito da Família e Política Social: atas do Congresso Internacional organizado de 1 a 3 de outubro de 1998 pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto)”, org. SOTTOMAYOR, Maria Clara/TOMÉ, Maria João, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 21-36.

QUADROS, Fausto de – *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2004.

REINHARD, Susan C. *et al.* – *Supporting Family Caregivers in Providing Care*, in “Patient Safety and Quality: An Evidence-Based handbook for Nurses” [em linha], [consult. 14-01-2012]. Disponível na www: <URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK2665/>>.

RIBEIRO, Cristina – *Família, saúde e Doença. O que diz a investigação*, in “Repositório da Universidade de Lisboa” [em linha], [consult. 2012-14-01]. Disponível na www: <URL: <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/5641>>.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Consentimento Informado: Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, in “Direito da Medicina – I”, org. OLIVEIRA, Guilherme de, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 5-51.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – *Sinopse Esquemática da Responsabilidade Médica em Geral (Breves Anotações)*, in “Lex Medicinae”, Coimbra, Ano 4, nº 8, 2007, p. 85-96.

ROSEIRA, Maria de Belém - *Artigo 3º - Igualdade de acesso aos cuidados de saúde*, in “Direitos do Homem e Biomedicina”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, p. 45-54.

SÁ, Isabel dos Guimarães - *A Misericórdia de Gouveia no Período Moderno*, in “Repositório da Universidade do Minho” [em linha], [consult. 2010-12-17]. Disponível na [www: <URL: http://hdl.handle.net/1822/4819>](http://hdl.handle.net/1822/4819).

SÁ, Isabel dos Guimarães – *A Reorganização da caridade em Portugal em contexto Europeu (1490-1600)*, in "Cadernos do Noroeste, Série Sociologia: Sociedade e Cultura", Vol. 11, nº 2, 1998, p. 31-63.

SÁ, Isabel dos Guimarães - *Assistência II. Época Moderna e Contemporânea*, in AZEVEDO, Carlos Moreira, dir. – “Dicionário de História Religiosa de Portugal”, Lisboa, Círculo de Leitores, 2000, pt. A-C, p. 140-149.

SÁ, Isabel dos Guimarães - *Igreja e Assistência em Portugal no Século XV*, in "Boletim do Instituto Histórico da Ilha Terceira" - separata, LIII, 1995, p. 219-236.

SÁ, Isabel dos Guimarães/LOPES, Maria Antónia – *História breve das misericórdias portuguesas: 1498-2000*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008, pt. 1, p. 7-64.

SANCHÉZ, Juan J. Bonilla – *La responsabilidad médica extracontractual*, Murcia, Ediciones Laborum, 2004.

SANT-IAGO, Fr. Diogo de – *Postilla Religiosa, e Arte de Enfermeiros*, Alcalá, Lisboa, edição fac-símile, 2005.

SARACENO, Chiara/NALDINI, Manuela – *Sociologia da Família*, 2ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 2003.

SCLIAR, Moacyr – *História do Conceito de Saúde*, in “*PHYSIS: Rev. de Saúde Coletiva*”, Rio de Janeiro, IMS.Relume Dumará, Vol. 17, nº 1, 2007, p. 29-41.

SERRÃO, Daniel – *O adeus a Hipócrates – ou talvez não!*, in “Daniel Serrão” [em linha], [consult. 2011-06-09]. Disponível na www: <URL: <http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=84>>.

SILVA, Maria de Fátima Araújo da – *Autonomia do menor e representação legal no acesso a cuidados de saúde*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006. 127 f. Tese de mestrado.

SOUSA, Miguel Teixeira de – *Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade médica*, in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, AAFDL, 1996.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995.

SPITZ, Vivien – *Doctors from Hell: The Horrific Account of Nazi Experiments on Humans*, Colorado, Sentient Publications, 2005.

TAVARES, Maria José Ferro – *Assistência I. Época Medieval*, in AZEVEDO, Carlos Moreira, dir. – “Dicionário de História Religiosa de Portugal”, Lisboa, Círculo de Leitores, 2000, pt. A-C, p. 136-140.

TEIXEIRA, Maria Elvira - *Assistência III. Do fim da Monarquia ao Estado Novo*, in AZEVEDO, Carlos Moreira, dir. – “Dicionário de História Religiosa de Portugal”, Lisboa, Círculo de Leitores, 2000, pt. A-C, p. 149-152.

VARELA, Antunes João de Matos – *Direito da Família*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1982.

VASAK, Karel – *A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, in “UNESCO Courier”, Vol. 30, n° 11, Paris, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977, p. 29-32.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Contratos Atípicos*, 2^a ed., Coimbra, Almedina, 2009.

VIEIRA, Margarida – *A Vulnerabilidade e o Respeito no Cuidado ao Outro*, Lisboa, Faculdade de Filosofia da Universidade Nova de Lisboa, 2002. 322 f. Tese de doutoramento.

ZAMBRANO, Virginia – *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Roma, Edizione Scientifiche Italiane, 1993.